Die Conflicte

der

Wasserfahrt auf den Flüssen

mit der Benützung der letztern

zum

Maschinenbetriebe,

erörtert

nach den Grundsätzen des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts.

Ein

Beitrag zur Lehre vom Wasserrechte

von

C. G. Schwab,

Königl. württemb. Finanzrath, Justitiar der Zolldirection und des Bergraths
zu Stuttgart.

Beilageheft zum „Archiv für die Civilistische Praxis." XXX. Band.

Heidelberg.

Akademische Verlagshandlung von J. C. B. Mohr.

1847.

Vorwort.

Die nächste Veranlassung, sich mit dieser speciellen Materie aus dem Gebiete des Wasserrechts zu befassen, war für den Verfasser ein Specialfall, welchen ihm seine amtliche Praxis in die Hand gab. Hiedurch wurde sein Interesse für die hier zur Sprache kommenden Rechtsfragen lebhaft angeregt, und dies bestimmte ihn, seine Ansicht hierüber zuerst in einer kleinen Schrift unter dem Titel: „Die Conflicte zwischen der Flößerei auf öffentlichen Flüssen und den Mühlenberechtigten" (Stuttgart, Metzler'sche Buchhandlung 1844.) der Oeffentlichkeit zu übergeben. Er behandelte hier den Gegenstand hauptsächlich in der Richtung, welche durch den Specialfall gegeben war, insbesondere mit Berücksichtigung particularrechtlicher Bestimmungen und speciell auf jenen Fall bezüglicher, weniger allgemeines Interesse bietender, Rechtsfragen (vergleiche die angeführte Schrift S. 13—40., S. 62—66., S. 84—91., S. 98—101., S. 107—111., S. 111—123., S. 123—126., S. 132—135.) Diesen Weg eingeschlagen zu haben, mußte der Verfasser bald bereuen, denn nicht nur mag diese Behandlungsweise ihn wider seinen Willen zu manchen Einseitigkeiten veranlaßt haben, sondern er sah sich hiedurch auch in das Parteigezänke hineingezogen, welches bei jenem Specialfall um so lebhafter

war, als es sich um eine weitgreifende Maßregel der Staatsbehörde (die Floßbarmachung des Kocherflusses, eines der Hauptzuflüsse des Neckars) handelte, wodurch sich viele Privaten in ihren Rechten und Interessen wesentlich gefährdet glaubten. So konnte es nicht ausbleiben, daß die in jener Schrift entwickelten Ansichten des Verfassers auf den lebhaftesten Widerspruch stießen, und zwar nicht allein auf solchen, wie er von dem Interesse für den Gegenstand in seiner rein wissenschaftlichen Beziehung bestimmt wird, und jedem Schriftsteller, der von dem gleichen Motive geleitet wurde, nur erwünscht seyn kann, sondern auch auf solchen, wie ihn die Parteileidenschaft und das pecuniäre Interesse bei dem Ausgang eines Rechtsstreits einzugeben pflegen. Bald darauf erschien eine geharnischte Gegenschrift, welche einen der bei oben genanntem Unternehmen am meisten interessirten Privatberechtigten, den Herrn Obertribunalrath Dr. von Hofacker zu Stuttgart, zum Verfasser hat, unter dem Titel: „Das Floßregal, besonders in Württemberg" (Stuttgart, C. F. Rieger'sche Buchhandlung 1844.). In dieser Schrift, welche aus der Feder eines der scharfsinnigsten praktischen Juristen Württembergs geflossen ist, wird vornhinweg die Tendenz des Gegners angefochten und dessen Arbeit für das Product eines „Consulenten der Finanz-Verwaltung" erklärt, welcher keinen anderen Zweck, als den, habe: das Publikum „zu belehren", daß die letztere vollkommen in ihrem Rechte sey. Sofort wird die Ansicht des Verfassers, zwar nicht mit überlegener Gelehrsamkeit und nicht im rein wissenschaftlichen Geiste (was auch nicht in der Absicht des Gegners gelegen war), um so mehr aber mit den Waffen eines ausgezeichneten juristischen Scharfsinns, eines beißenden Spottes und jener vernichten-

den Polemik bekämpft, welche es mit den Mitteln für ihren Zweck nicht so genau nimmt und um so gewisser die Menge der oberflächlich Urtheilenden auf ihrer Seite hat. Das Resultat war auch wirklich ein glänzendes. Ein großer Theil des Publikums, ohnehin jenem Staatsunternehmen abhold, als dessen parteiischer Vertheidiger der Verfasser dargestellt wurde, war bereit, nicht nur über seine wissenschafliche Ansicht, sondern auch über seine persönlichen Motive bei Abfassung der Schrift den Stab zu brechen. Sein Versuch, den Streit wieder auf den wissenschaftlichen Boden zurückzuführen (vgl. Sarwey, Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg, X. Bd. S. 286 ff.) schlug fehl, denn der Gegner zog abermals den speciellen Rechtsstreit und die hier sich feindlich gegenüberstehenden Interessen herein (ebendaselbst XI. Bd. S. 132 ff.), ja, ein anonymer Recensent (in Schneider's kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, 9. Jahrg. 1845. X. Heft S. 242 ff.) hielt es für nöthig, dem „Consulenten der Finanzverwaltung" von oben herab den Text zu lesen um das auswärtige Publikum darüber in's Klare zu setzen, daß die Schrift, welcher „der Verfasser die Bezeichnung und das Ansehen einer allgemeinen wissenschaftlichen Erörterung gegeben habe, in der That als eine bloße Parteischrift erscheine."

Der Verfasser ließ sich jedoch nicht abhalten, seine wissenschaftlichen Studien über die in Frage stehende Rechtsmaterie mit um so größerem Eifer in dem Umfange fortzusetzen, als es ihm seine Muße und seine literarischen Hülfsmittel gestatteten, in der Hoffnung mit dem Resultate seiner Forschungen und seines Nachdenkens zu einer Zeit vor das größere juristische Publikum treten zu dürfen, zu

welcher der Lärm jenes Rechtsstreits verhallt und die Leidenschaft der Parteien abgekühlt seyn würde.

So sehr der Verfasser bedauert, diesen, von Persönlichkeiten nicht zu trennenden, Streit, welchen seine frühere Schrift über den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung hervorzerufen hat, hier zur Sprache bringen zu müssen, so konnte es doch nicht umgangen werden, da der Verfasser durch die Erfahrung belehrt worden ist, daß mit dem Ignoriren desselben Nichts gewonnen wird, nnd er es daher auch nicht umgehen wollte, bei Erörterung der Rechtsfragen, welche den Gegenstand dieser Abhandlung bilden, die abweichenden Ansichten und die Einwürfe der obengenannten Schrift „über das Floßregal" einer ruhigen wissenschaftlichen Prüfung zu unterwerfen. Zugleich aber war es dem Verfasser darum zu thun, für diejenigen Leser, welchen jene Vorfälle fremd geblieben sind, einiges Licht auf die zuletzt genannte Gegenschrift und die übrigen den Gegenstand betreffenden Recensionen und Aufsätze nach Form und Inhalt zu werfen; wobei er jedoch weit entfernt ist, hier sich selbst vertheidigen oder die Gegner anklagen zu wollen, vielmehr denjenigen, welchen es interessiren sollte, auf die Akten, wie sie geschlossen vorliegen, die beiden Schriften, verweist, aus welchen jeder sich selbst sein Urtheil bilden mag. Endlich mußte der Sache aus dem Grunde Erwähnung geschehen, um einer irrigen Auffassung des Verhältnisses, in welchem die gegenwärtige Abhandlung zu der früheren Schrift des Verfassers und zu der Gegenschrift des Dr. Karl Hofacker steht, vorzubeugen, in welcher Hinsicht nur noch angefügt werden soll, daß der obenerwähnte Rechtsstreit zwar, soweit dem Verfasser bekannt, noch nicht beendigt ist, daß jedoch das Unterneh-

men, welches denselben hervorgerufen hat, seit längerer Zeit ruht, und daß der Verfasser seit Jahren in keiner amtlichen Beziehung mehr zu der Sache steht. Im Uebrigen wird der gänzlich veränderte Plan der gegenwärtigen Arbeit wenigstens bei jedem unparteiischen Leser, auch wenn er durch die Lectüre der oben genannten Aufsätze ein ungünstiges Vorurtheil gegen den Verfasser gefaßt haben sollte, den Verdacht verscheuchen, als ob hier eine Fortsetzung des von den Gegnern angesponnenen persönlichen Streits beabsichtigt werde. Nicht nur hat der Verfasser im Interesse der Sache Alles hinweggelassen, was auf den im Streit befangenen Specialfall unmittelbare Beziehung hatte. So ist zum Beispiel alles Particularrechtliche weggeblieben, so sind ferner die weitläufigen Untersuchungen: in Betreff der Merkmale eines öffentlichen Flusses (S. 13—40.), über die Berechnung und Liquidation des den Mühlenberechtigten zu leistenden Ersatzes (S. 111—126.), erstere großen Theils, letztere gänzlich, beseitigt worden. Sondern der Verfasser hat sich auch bestrebt, ohne Rücksicht auf jenen speciellen Fall, einerseits dem Gegenstand eine entsprechendere Ausdehnung zu geben, indem er die Schifffahrt in den Kreis seiner Erörterung hereinzog, andererseits aber wieder das Gebiet der Streitfrage scharf abzugränzen, indem er die Flößerei mit unverbundenem Holze, als von der Schiff- und Floßfahrt wesentlich verschieden, von dem Plan der Abhandlung ausschloß. Endlich war der Verfasser weit entfernt, mit Zähigkeit auf seinen Behauptungen und Ansichten, wie sie in der ersten Schrift aufgestellt und vertheidigt worden waren, zu beharren, oder eine gewonnene bessere Ueberzeugung aus Eigensinn und Rechthaberei zurückzuhalten, und der geneigte Leser wird finden, daß er

ganz kein Bedenken getragen hat, unhaltbare Sätze aufzugeben, begründete Einwürfe zu berücksichtigen, überhaupt seine frühere Ansicht in manchen sehr erheblichen Punkten unverblümt abzuändern, zu modificiren oder gänzlich zu verlassen. Der Verfasser glaubt hiefür keinen Vorwurf zu verdienen, denn Irren ist menschlich, und in einer Materie, wie das deutsche Wasserrecht, ist es unendlich schwer, gleich das erste Mal den rechten Weg zu finden.

Im Allgemeinen setzte sich der Verfasser die Aufgabe: zuvörderst eine möglichst breite Grundlage für die Erörterung der Rechtsfragen, welche den Gegenstand der Abhandlung bilden, zu gewinnen. Zu diesem Behufe wurden die rechtlichen Begriffe von öffentlichen Sachen, Staatseigenthum, Regal, regaler Gerechtigkeit genau untersucht und festgestellt, und schon hierbei manche wesentlichen Unrichtigkeiten und Ungenauigkeiten der früheren Schrift verbessert und ergänzt. Es wurden ferner in der Lehre von den öffentlichen Flüssen, vom Wasserregal, vom Mühl-, Floß- und Schifffarthsregal, insbesondere die irrigen Meinungen der älteren Theorie und Praxis zu beseitigen und die richtigen Gesichtspunkte, von welchen aus die einschlagenden Rechtsgrundsätze aufzufassen sind, zu bezeichnen versucht. Beim Mühlenregal wurden namentlich auch die Rechtsverhältnisse in Beziehung auf den Wasserbau berücksichtigt, beim Floßregal wurde eine detailirtere Beschreibung der verschiedenen Arten des Floßbetriebs zu geben versucht, als sich solche in deutschrechtlichen Compendien und den Abhandlungen vom Wasserrecht findet, und sodann, mit Aufgebung der früheren Ansicht vom Floßrechte des Staats, die Bedeutung des Floßregals als des Rechts, die Benutzung des öffentlichen Flusses zur Floßfahrt gegen Abgaben zu bewilligen, aufgefaßt.

Gestützt auf diese Grundprinzipien ging der Verfasser zu Erörterung der Streitfrage selbst über, bei welcher er die Unterscheidung der verschiedenen Fälle, je nachdem es sich von künstlicher Einführung der Schiff- und Floßfahrt auf einem nicht schiffbaren Gewässer, oder aber von Einrichtung derselben auf einem schiffbaren Flusse, von dem Conflict mit der Wasserbenutzung zum Maschinenbetriebe bei der Einführung oder aber bei der Ausübung der Wasserfahrt handelt, für hauptsächlich wichtig erkannte und zu dem Resultate kam, daß die von ihm früher aufgestellten Grundsätze blos da festgehalten werden können, wo es sich von Einführung oder Ausübung der Wasserfahrt auf einem nach seiner natürlichen Beschaffenheit schiff- und floßbaren Flusse handelt.

Den Schluß des Ganzen bildet eine Untersuchung über die Zuständigkeit der Civilgerichte und der Administrativ-Justizbehörden für die Schlichtung der in Frage stehenden Conflicte, bei welcher nicht nur die so eben genannten Unterscheidungen sich gleichfalls als wichtig herausstellten, sondern insbesondere auch der Grundsatz als maßgebend erkannt wurde, daß der Klagegrund, aus welchem die eine oder die andere Behörde angerufen wird, je nachdem er ein privatrechtlicher ist, oder nicht, für die Zuständigkeit entscheidend sey.

Das Vorstehende wird genügen dem geneigten Leser, welcher von der früheren Arbeit des Verfassers über den Gegenstand Notiz genommen haben sollte, die Ueberzeugung zu verschaffen, daß ihm hier nicht etwa blos eine Wiederholung des Inhaltes der Letzteren in abgeänderter Form geboten wird, sondern daß der Verfasser sich bemüht hat, etwas Gereifteres und etwas Vollständigeres zu geben.

Sollte dies ihm einigermaßen gelungen seyn, so wird sich auch seine Bitte: nicht um nachsichtige, aber doch um vorurtheilsfreie Beurtheilung selbst bei Denjenigen rechtfertigen, welche gegen die frühere Arbeit des Verfassers aus den oben angeführten Gründen ungünstig eingenommen seyn mögen.

Stuttgart, im Juni 1847.

Der Verfasser.

Inhalts-Uebersicht.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Von den nicht öffentlichen fließenden Gewässern.

I. Kapitel.

Unterscheidende Merkmale eines öffentlichen und eines Privatflusses.

II. Kapitel.

Rechte der Adjacenten an einem Privatflusse. Hoheitsrechtliche Befugnisse des Staats in Betreff solcher Gewässer.

Zweiter Abschnitt.

Von den öffentlichen fließenden Gewässern.

I. Kapitel.

Rechtliche Natur der öffentlichen Flüsse als solcher.

II. Kapitel.

Regale Rechte hinsichtlich der öffentlichen Flüsse.

III. Kapitel.

Verhältniß der öffentlich-rechtlichen Befugnisse und Obliegenheiten des Staats zu den regalen Nutzungsrechten an den Flüssen.

IV. Kapitel.

Die Theorie des Staats-Privateigenthums der Flüsse und ihre Folgen.

Besonderer Theil.

Erster Abschnitt.

Von der Benutzung der öffentlichen Flüsse zur Schiff- und Floßfahrt und zum Maschinenbetrieb.

I. Kapitel.

Die Benutzung der öffentlichen Flüsse zum Maschinenbetrieb. — Mühlenregal und Mühlengerechtigkeit.

II. Kapitel.

Die Schiff- und die Floßfahrt auf den Flüssen.

Zweiter Abschnitt.

Von den Conflicten der Schiff= und Floßfahrt mit der Benutzung des Wassers zum Maschinenbetrieb bei Einführung der ersteren.

I. Kapitel.

Unterschied zwischen Schiff= und Floßbarmachung eines Flusses im strengen Sinne des Worts und zwischen der Einführung der Schiff= und Floßfahrt auf einem schiffbaren Flusse.

II. Kapitel.

Die Conflicte mit den Maschinenberechtigten.

III. Kapitel.

Die Schadens-Ersatz-Frage.

I. Titel.

Grundprinzip.

II. Titel.

Ansichten der Schriftsteller.

III. Titel.

Einwürfe gegen die hier vorgetragene Theorie.

Dritter Abschnitt.

Von den Conflicten mit den Wasserwerken aus Veranlassung des Betriebs der Schiff- und Floßfahrt und den Ersatzansprüchen der Besitzer der ersteren.

I. Kapitel.

Beschädigung der Wasserwerke und Störung des Betriebs derselben durch Schiff- und Floßfahrt. Ersatzanspruch der Maschinenberechtigten.

II. Kapitel.

Ansichten der Schriftsteller.

Einleitung.

§. 1. Der Gegenstand unserer Erörterungen sind die Conflicte der Wasserfahrt (Schiff- und Floßfahrt) auf fließenden Gewässern mit der Benützung der letzteren zum Maschinenbetriebe, oder, wie man zu sagen pflegt, mit deren Benützung in ihrer Eigenschaft als Wasserkräfte.

Wir müssen uns daher zunächst über den Begriff der beiden concurrirenden Wassernutzungen, von deren Conflict die Rede ist, ins Klare setzen, und sodann auch das Object derselben genauer ins Auge fassen.

Was wir unter der Schifffahrt verstehen, wird keiner weitern Ausführung bedürfen, und es wird an der Bemerkung genügen, daß darunter der Transport größerer Lasten auf dem Wasser mit kunstgerecht gebauten durch Menschen gelenkten Fahrzeugen (Schiffen) [1]) verstanden werden soll. —

Wichtiger erscheint die nähere Begriffsbestimmung der Floßfahrt. Wie wir weiter unten genauer kennen lernen werden, giebt es verschiedene Arten des Floßbetriebs, welche nicht alle unter dem Begriff der Floßfahrt, sofern wir dieselbe bei unseren Erörterungen der Schifffahrt an die Seite stellen, passen. Flößerei im weitesten Sinne heißt jeder Holztransport ohne Schiff auf dem Wasser. Unter der Floßfahrt verstehen wir aber hier nur die Wasserfahrt mit ver-

1) v. Cancrin, Abhandlungen vom Wasserrechte, III. Bd. 14. Abh. Cap. 1. §. 1. S. 123 und unten §. 75. Note 180.

bundenen Hölzern (Stämmen, Balken), welche auf diese Weise eine Art Fahrzeug darstellen und vermittelst deren daher auch Personen und Lasten fortgeschafft werden können (Langholzflöße, Zimmerflöße, Tragflöße, auch Flöße kurzweg oder Floßen genannt, rates) [2]). Also nur diese specielle Art des Floßbetriebs soll bei unseren Erörterungen in Betracht kommen, insbesondere die s. g. Langholzflößerei, welche wir im Gegensatz zu der Flößerei mit unverbundenen Holzmassen (Scheiter-, Block-Flößerei) die Flößerei im engeren Sinn, oder die der Schiffahrt analoge Floßfahrt nennen können.

§. 2. Was unter der Wasserbenutzung zum Maschinenbetriebe verstanden werden will, bedarf wohl keiner Erläuterung. Hieher gehören die durch fließendes Wasser betriebenen Getreidemühlen, als die ältesten Maschinen dieser Art, sodann aber alle mechanischen Werke, bei welchen das Wasser die Triebkraft bildet und die alle namentlich anzuführen überflüssig ist. Wie wichtig diese Art der Benutzung des fließenden Wassers für die Industrie, zumal in neuerer Zeit, ist, weiß Jedermann; auch hat sich der Werth der Wasserkräfte dadurch nicht vermindert, daß sie einen Concurrenten an der Dampfkraft erhalten haben. Denn die Dampfmaschinen sind wegen der großen Consumtion von Brennmaterial jedenfalls ein theurer Ersatz für die Wasserkräfte, insbesondere da, wo letzteres Material in hohem Preis steht. Aus dem großen Werth der Wasserkräfte für die Industrie und der eben deßhalb weit häufigeren Benutzung des fließenden Wasser zu diesem Zwecke ist es auch zu erklären, daß in neuerer Zeit die Conflicte zwischen dieser Was-

---

2) v. Cancrin a. a. O. II. Bd. 6. Abh. I. Kap. §. 4. S. 99. Mittermaier, deutsches Privatrecht, 7. Aufl. 1847. I. §. 230. Not. 2. Maurenbrecher, Lehrb. des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. §. 205. S. 631. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 4. Ausgabe. §. 269. III. S. 681.

serbenutzung und der Schiff- und Floßfahrt weit häufiger vorkommen und daher die rechtliche Erörterung dieses Gegenstands praktischer geworden ist, als dies früher der Fall war.

§. 3. Es bleibt nun noch übrig, den Gegenstand der beiderseitigen Benutzungen näher in's Auge zu fassen. Wir haben als solchen im Allgemeinen das fließende Wasser bezeichnet Wir müssen jedoch dasselbe in natürlicher wie in rechtlicher Beziehung noch bestimmter definiren. In natürlicher Beziehung begreifen wir darunter nicht nur nicht das stehende Wasser (das Meer, die Landseeen, natürliche oder künstliche Weiher, Teiche) sondern wir schließen auch aus: das bloße abfließende Regenwasser, Waldströme (torrentes), Quellen und Brunnen, Bäche und kleine Flüsse. In rechtlicher Beziehung dagegen haben wir nur die so genannten öffentlichen Flüsse (flumina publica), nicht die im Privateigenthum befindlichen fließenden Gewässer im Auge. Endlich kann hier nur von natürlichen Wasserströmungen, nicht von künstlichen (Canälen) die Rede seyn. Was die erstere Beschränkung betrifft, so ergiebt sie sich schon aus dem Titel des Buchs, sofern hier von Flüssen die Rede ist, sie rechtfertigt sich aber dadurch, daß die Frage bei stehenden Gewässern theils nicht praktisch seyn wird, theils nach wesentlich verschiedenen Grundsätzen zu beantworten wäre. Bei den übrigen oben angeführten Gewässern, welche zwar zu den fließenden Gewässern gehören, aber ihrer natürlichen Beschaffenheit nach entweder zu den beiden Benutzungsarten, oder doch wenigstens zur Schiff- und Floßfahrt nicht tauglich sind, wird sich gleichfalls von selbst verstehen, daß sie nicht in Betracht kommen können. Wenn wir dagegen in rechtlicher Beziehung die im Privateigenthum befindlichen fließenden Gewässer ausschließen, so wird sich der Grund hievon aus dem Folgenden noch besser ergeben, und es wird hier vorerst an der Bemerkung genügen, daß nach der übereinstimmenden Ansicht sämmtli-

cher Rechtslehrer[3]) alle schiffbaren und floßbaren Gewässer zu den öffentlichen Flüssen gerechnet werden, so daß diese Restriction mit der oben angeführten, auf die natürliche Beschaffenheit sich gründenden in Eins zusammenfällt. — Bei künstlichen Wasserleitungen endlich wird entweder die Frage nicht praktisch seyn, weil schon ihre Bestimmung und Einrichtung die eine oder die andere Benutzungsart ausschießt, oder die Conflicte werden, wenn je solche entstehen sollten, nach den speciellen Verhältnissen des einzelnen Falls beurtheilt werden müssen, wofür sich natürlich keine allgemein gültigen Grundsätze geben lassen.

§. 4. Nachdem ich diese kurzen Bemerkungen in Betreff des Gegenstandes dieser Erörterungen vorausgeschickt habe, will ich nur noch einen Ueberblick über den Plan des Folgenden beifügen.

Wie wir soeben kennen gelernt haben, kommen hier zunächst nur diejenigen fließenden Gewässer in Betracht, welche „öffentliche Flüsse" (flumina publica) genannt werden, sofern die übrigen (Privatflüsse, Bäche u. s. w.) wenigstens zur Schiff- und Floßfahrt untauglich sind. Es wird daher nicht zu umgehen seyn, im allgemeinen Theile zuerst die Frage nach den unterscheidenden Merkmalen eines öffentlchen und eines Privatflusses kurz zu beantworten, wobei wir jedoch auf die unter den Rechtslehrern in dieser Beziehung obwaltenden Controversen und die von Manchen beliebten Subtilitäten uns nicht näher einlassen werden, da solche für unsern Zweck kein großes Interesse haben, uns vielmehr das Merkmal der Schiffbarkeit und Floßbarkeit genügen kann.

§. 5. Wenn übrigens die Rechtsverhältnisse in Betreff der Privatflüsse bei unserer Frage auch nicht unmittelbar in Erwägung zu ziehen sind, so darf doch nicht verkannt werden, daß es für unsern Gegenstand im Allge-

---

3) Maurenbrecher, Lehrbuch, a. a. O. §. 180. S. 393. Mittermaier, a. a. O. §. 222. a. bei Note 1 u. 2. S. 616.

meinen von Interesse seyn muß, darüber ins Reine zu kommen, wie sich die Rechte verschiedener Uferbesitzer eines Privatwassers gegen einander verhalten und auf welche Weise hier die Staatsgewalt ordnend und oberaufsehend einzugreifen befugt ist. Denn die in dieser Hinsicht geltenden Grundsätze sind nicht ohne Werth für die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse, welche bei Benutzung öffentlicher Flüsse zur Sprache kommen, wäre es auch nur um die Verschiedenheit beider Fälle recht klar zu machen, — nicht zu gedenken, daß die Befugnisse, welche der Staatsgewalt vermöge des Staatseigenthums an den öffentlichen Flüssen zustehen, im Grunde doch weiter nichts sind, als Hoheitsrechte, wie sie, nur in beschränkterem Maße, auch in Beziehung auf Privatflüsse der Regierung zugestanden werden müssen. Es wird demnach das Wesentliche über die Natur des Rechts, welches den Adjacenten an einem Privatflusse zusteht, sowie über die öffentlich-rechtlichen Befugnisse des Staats in Beziehung auf die im Privatbesitz befindlichen fließenden Gewässer hier gleichfalls vorausgeschickt werden müssen.

§. 6. Sofort werden wir aber zu den öffentlichen Flüssen übergehen, und zuerst die Begriffe des Staatseigenthums und der öffentlichen Sachen feststellen, und zeigen, zu welcher Gattung von öffentlichen Sachen die schiff- und floßbaren Flüße gehören, in welchem Sinne dieselben sich im Eigenthum des Staats befinden; sodann werden wir die Consequenzen nachzuweisen suchen, welche sich aus der Eigenschaft der schiff- und floßbaren Flüsse als öffentliche Sachen in Hinsicht auf die Rechte ihrer Benutzung ergeben. Da jedoch die Rechtsgrundsätze, wie sie in Wirklichkeit bei der Benutzung der genannten fließenden Gewässer in Anwendung kommen, sich nicht durchaus auf das Staatseigenthum und die öffentliche Natur der Flüsse zurückführen lassen, so werden wir noch auf ein anderes Rechtsinstitut Rücksicht nehmen müssen, — auf die Regalität. Wir werden demnach den Begriff eines

Regals im weitesten Sinne sowohl, als auch den Begriff eines regalen Rechts an einem öffentlichen Flusse in specie feststellen, die Folgen aus diesem Begriff für die rechtliche Natur der Wasserregalien ableiten, endlich zu zeigen suchen, wie die anscheinend sich widersprechenden Grundsätze, welche einerseits aus dem Staatseigenthum, andererseits aus den regalen Rechten an den öffentlichen Flüssen folgen, mit einander in Einklang gebracht werden können.

§. 7. Im besonderen Theile sodann soll zuvörderst die Benutzung der öffentlichen fließenden Gewässer zur Schiff- und Floßfahrt einer- und zum Maschinenbetriebe andererseits in historiischer, wie in rechtlicher Hinsicht näher ins Auge gefaßt werden. Zu diesem Behufe werden wir insbesondere die historische Entstehung des Mühlenregales, die in demselben enthaltenen Befugnisse, die vergliche ne Mühlengerechtigkeit mit ihren Wirkungen, endlich die Rechtsverhältnisse in Betreff der für den Mühlenbetrieb erforderlichen Wasserbauten in Betracht ziehen, und sodann Begriff und Ursprung der Schifffahrt und des Floßbetriebs, sowie die verschiedenen Arten des letzteren, kennen zu lernen suchen, die rechtlichen Verhältnisse in Betreff der Schiff- und Floßfahrt auf öffentlichen Flüssen, wie sie sich geschichtlich entwickelt haben, darlegen, und hiebei insbesondere auch der dem Wasserverkehr auf den deutschen Strömen eingeräumten commerciellen Erleichterungen und Freiheiten gedenken, endlich diesen Abschnitt mit einigen Bemerkungen über die Auffassung des Schifffahrts- und des Floßregals von Seiten der neuern Schriftsteller schließen.

§. 8. Hierauf werden wir die Erörternng der Hauptfrage, nämlich der Conflicte zwischen den beiden mehrerwähnten Wasserbenutzungen, beginnen. Zu diesem Zwecke soll zunächst die Einrichtung der Schiff- und Floßfahrt auf einem öffentlichen Flusse ins Auge gefaßt, hierbei der Unterschied zwischen der Schiffbar- oder Floßbarmachung im engeren und eigentlichen Sinn, und der Einführung der

Schiff- und Floßfahrt auf einem von Natur schiffbaren Flusse hervorgehoben und gezeigt werden, wie die erstere nicht Gegenstand unserer Erörterungen seyn kann. — Sodann wird nachgewiesen werden, wie die Staatsgewalt einestheils allein berechtigt ist, die zur Einführung der Schiff- und Floßfahrt auf einem schiffbaren Flusse erforderlichen Anstalten zu treffen, anderntheils an Ausübung dieses Rechts, welchem eine, durch das Interesse der Staatsangehörigen hervorgerufenene Pflicht entspricht, durch die in oder an dem Flusse hergebrachten Nutzungsbefugnisse Dritter, und die zu diesem Zwecke errichteten Anstalten, insbesondere die Wasserrechte und Wasserbauten zum Zweck des Maschinenbetriebs, nicht verhindert werden kann. Zu Begründung dieses Satzes werden wir auf die oben (im allgemeinen Theil) entwickelten Prinzipien in Betreff des Staatseigenthums der öffentlichen Flüsse und der regalen Rechte an solchen und die Consequenzen aus diesen Principien einfach zurückgreifen.

§. 9. Nach einer Untersuchung über die Zulässigkeit von Ausnahmen von diesem Grundsatz, wobei insbesondere die Folgen der früher in der Wissenschaft hergebrachten und von da bisweilen in die Praxis und Gesetzgebung übergegangenen falschen Begriffe von Staatseigenthum und Regal in Betracht zu ziehen seyn werden, und wobei ferner die Wichtigkeit der richtigen Auffassung des dem Berechtigten, welcher eine solche Ausnahme gegen den Grundsatz geltend macht, obliegenden Beweises gezeigt werden soll; gehen wir zur Beantwortung der Frage über, ob den Wasserberechtigten für die ihnen durch Einrichtung des öffentlichen schiffbaren Flusses zum Schiff- und Floßfahrts-Betrieb zugehenden Nachtheile Ersatz geleistet werden müsse?

§. 10. Bei Erörterung der Entschädigungsfrage werden wir zunächst den Einwurf beantworten, daß die Wasserwerksberechtigten, welche durch die Einrichtung der Schiff- und Floßfahrt Nachtheile erleiden, in ihrem rechtmäßigen Besitze gestört werden, und daher wenigstens Ersatz

anzusprechen haben, und sonach die Anwendbarkeit des Grundsatzes darthun: daß, wo kein Recht verletzt wird, auch kein Anspruch auf Schadensersatz begründet seyn kann. Nach einem kurzen Blick auf die Folgen einer irrigen Auffassung des Staatseigenthums und der Regalität der öffentlichen Flüsse für die gegenwärtige Frage, gehen wir zu der Prüfung der Ansichten älterer und neuerer Schriftsteller über diesen Punkt über. Hiebei werden wir etwas länger verweilen müssen, da hier manchen Mißverständnissen vorzubeugen, manche irrige Ansicht zu berichtigen ist. Zum Schluß dieses Abschnitts sollen endlich die hauptsächlichsten Einwürfe, welche gegen die von uns aufgestellten Sätze gemacht wurden oder gemacht werden dürften, beleuchtet und widerlegt werden.

§. 11. Wir gehen nun zu den Conflicten über, welche sich aus Veranlassung des Betriebs der Schiff- und Floßfahrt einerseits, und der mechanischen Werke andererseits ergeben. Hier werden wir zunächst die den Maschinenbesitzern durch Beschädigungen der Wasserwerke zugefügten Nachtheile von denen unterscheiden, welche die Störung des Maschinenbetriebs durch Entziehung oder Aufstauung des Wassers veranlaßt. Bei beiderlei Arten von Benachtheiligung des Maschinenbetriebs aber werden wir einen wesentlichen Unterschied darin finden, daß die Ursache des Nachtheils entweder eine Verschuldung (dolus oder culpa) von Seiten derer, welche die Schiff- oder Floßfahrt ausübten, oder aber ein reiner Zufall, eine nicht zu vermeidende Verkettung von Umständen war. In dem ersteren Falle müßen, wie gezeigt werden soll, die Besitzer der Wasserwerke unbedingt entschädigt werden, in dem letztern Falle wird dagegen ein Ersatzanspruch nur dann begründet seyn, wenn ein solcher bei Einrichtung des Schifffahrts- und Floßbetriebs auf einem seiner natürlichen Beschaffenheit nach hiezu untauglichen Flusse (im Expropriationswege) vorbehalten wurde. Eine kurze Zusammenstellung der Ansichten der Schriftsteller älte-

rer nnd neuerer Zeit über diesen Punkt, sowie der Aussprüche einiger Partikulargesetze, und eine historische Bemerkung, welche als Erklärung eines Widerspruchs zwischen Theorie und Praxis in diesem Punkte dienen mag, bildet den Schluß dieses Abschnitts.

§. 12. Der letzte Abschnitt endlich soll die Competenzfrage kurz abhandeln. Hier werden einige Generalregeln vorausgeschickt; sonach wird zuerst die eigentliche Schiff- und Floßbarmachung kurz berührt, und dann die Frage in Beziehung auf die bei Einführung der Schiff- und Floßfahrt mit den Maschinenberechtigten sich ergebenden Conflicte in nähere Erwägung gezogen werden. Als allgemeine Regel wird hier der Satz aufzustellen seyn, daß die Civilgerichte zur Entscheidung über die Conflicte nicht zuständig sind; es werden jedoch auch Ausnahmen von dieser Regel angeführt werden. Wir werden sofort zu den Conflicten aus Veranlassung des Schiff- und Floßfahrts-Betriebs übergehen, und hier gleichfalls die Competenzfrage erörtern, endlich diese Frage auch noch mit Rücksichtnahme auf die Stellung und den rechtlichen Charakter der streitenden Theile beantworten, womit sich dieser Abschnitt und das Ganze schließen soll.

§. 13. Zum Schluß gegenwärtiger einleitender Bemerkungen mögen noch diejenigen Schriftsteller hier aufgezählt werden, welche von uns benutzt worden sind, insoweit sie die hier zu erörternden speciellen Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen berühren, wobei soviel möglich die chronologische Ordnung eingehalten werden soll:

Dr. Noë. Meurer, Wasserrecht. Frankfurt. 1570. (in A. Fritsch, Jus fluviaticum tripartitum. 1672. p. 951 ff.)

Derselbe, Opera. Venet. p. 7. art. 89. De Aquis et Piscat. (Fritsch l. c. 297—216.)

Francisc. Stypmannus, de Jure maritimo et nautico. Gryphiswaldae 1652. Pars II. Cap. 5. De Jure Fluminum. (Fritsch l. c. I. p. 4—23.)

A. Fritsch, Tractatus de Jure Grutiae vel Ratium vulgo Flöß-Recht. 1668. (im Jus fluv. p. 95 ff.)

Joh. Oetinger, Abhandlung von Meeren und Flüssen (auch in dessen Tract. de Jure limit. L. 1. c. 12. und L. 2. c. 2. Fritsch, Jus fluv. p. 243 ff.)

Besold. Consil. (139.) Tüb. 1629—1634.

Math. Wesembec. Cons. P. 4. Cons. 197. De molendini et aquae jure et similibus servitutibus. (Fritsch l. c. II. S. 71—104.) 1600—1633. Wittenberg.

Thom. Merkelbach, Cons. in causa. Mainz gegen Hanau, das Marktschiff auf dem Mainstrom betr. apud Klock. vol. I. Cons. 5. (Fritsch, l. c. p. 107—116.)

Cons. Argent. vol. II. Cons. 62. De fluminibus et jure prohibendi navigationem. (Fritsch l. c. p. 122—145.)

Andr. Rauchbar. Pars I. quaest. 23. An Princeps, ad quem flum. publ. regali jure pertinent, navigationem in iis interdicere et prohibere possit. (Fritsch l. c. p. 146—152.)

P. Heig. Cons. L. II. quaest. 40. De aquis et fluminibus etc. (Fritsch l. c. p. 152—184.)

(Sämmtliche vorstehende Consilien sind aus dem 17. Jahrhundert, wenigstens nicht aus späterer Zeit.)

Samual Stryk, Specimen usus moderni Pandecturum. 1. Ausg. Halae 1690. (8. Ausg., nach welcher citirt wird. 1739.) Vol. I. 1, 8. De rer. divis.

Lauterbach, Collegium Pandectarum. Tub. 1708. Vol. III. Lib. XLIII. Tit. 12. §. 3.

J. F. v. Rohr, Haushaltungsrecht. Leipzig, 1716.

Jo. Gottl. Heineccii, JC., Elementa juris Germanici. Halae 1736. 2 Vol.

Joh. Jak. Moser, von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers. Frankfurt und Leipzig, 1773.

Derselbe, Teutsches nachbarliches Staatsrecht. Frankfurt u. Leipzig, 1773.

J. G. Breyer, Elementa Juris publ. Wirtembergici. Edit. II. Tub. 1787. (zuerst 1782.)

Dr. Fried. Christ. Jonathan Fischer, Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Polizeirechte. III. Bd. Frankfurt a. O. 1785.

Franz Ludwig v. Cancrin, Abhandlungen vom Wasserrechte, sowohl dem natürlichen als positiven, vornehmlich aber dem deutschen. 3 Bde. Halle, 1789—1800.

G. L. Böhmer, Principia Juris Feudalis. Gottingae, 1795. (8. Ausg. ed. A. Bauer 1819.)

Schnaubert, Erläut. des in Deutschland üblichen Lehenrechts, in einem Commentar über die Böhmer'schen principia jur. feud. Braunschweig, 1799.

Struben, rechtliche Bedenken, V. Bde. 1761. herausgegeben von Spangenberg. III. Bde. Hannover, 1827. 4.
v. Bülow und Hagemann, Praktische Erörterungen. VIII. Bde. 1798.
Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts. Hannov. 1807.
Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland. Frankfurt a. O. 1806.
Dr. Just. Fried. Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Gött. 1791. (8. Aufl. besorgt von Dr. C. L. Runde. 1829.)
C. F. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. Gött. 1823. (4. Ausg. 1836.)
Derselbe, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. IV. Bde. 1808—1823. (4. Aufl. 1834.)
Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Regensb. 1823. (7. Ausg. 1847. wird hier cit.)
Maurenbrecher, Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Bd. Bonn, 1832. — 2te völlig neue Bearbeitung. I. Bd. Bonn, 1840. (wird hier citirt.)
Derselbe, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts. Frankfurt a. M. 1836. Zweiter Abdruck 1843.
Mohl, Staatsrecht des Königreichs Württemberg. 2 Bände. Tüb. 1829—1831.
Reyscher, das gesammte Württembergische Privatrecht. I. Bd. 1837. (2. Aufl. des I. Bds. 1845.)
Archiv für die civilistische Praxis. Heidelberg, 1818—1843. Bd. 3. 12. 18. 23., enthaltend Abhandlungen über Wasserrecht von Gesterding, Funke, Kori, Mittermaier.
Sarwey, Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg, Ludwigsburg, 1837—1846. Bd. X. XI.
Pfizer, die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz. Stuttgart, 1828.
Hofacker, Dr. Karl, das Floßregal, besonders in Württemberg. Stuttgart, L. F. Rieger'sche Buchhandlung. 1844.

* * *

Real-Index und Auszug der hochfürstlich Württembergischen Forstordnung u. s. w. (von Pfeil). Stuttgart, 1748.
W. G. v. Moser, Forstarchiv Bd. 2. 7. 9. 12.
J. G. Schmidlin, Handbuch der Württembergischen Forstgesetzgebung. 2 Thle. Stuttgart, 1822 und 23, und spä-

ter fortgesetzt v. L. Mezger. Tüb. 1834., und F. A. Tscherning, Tüb. 1842.

H. Hermann, Sammlung der Gesetze und Verordnungen in Bezug auf Rheinhandel und Schifffahrt. Mainz 1820 bis 1828. 1 Bd.

Jägerschmid, Handbuch für Holztransport und Floßwesen. Carlsruhe, 1828. 2 Bde.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Von den nicht öffentlichen fließenden Gewässern.

Erstes Kapitel.

Unterscheidende Merkmale eines öffentlichen und eines Privatflusses.

§. 14. Ueber die unterscheidenden Merkmale eines öffentlichen und eines Privatflusses ist unter unseren Rechtslehrern von jeher viel Streit gewesen, so daß schon Hering in seinem Tractatus de molendinis qu. 15. n. 1. sich zu der Klage veranlaßt findet: „Tot involucris totque maeandris juris interpretes hanc materiam obnubilatam lectoribus reliquerunt ut vix adpareat, cui parti sit adhaerendum.“ Es werden eine Menge Merkmale angegeben, so z. B. Schiffbarkeit, Größe, Stetigkeit des Laufs (ein perennirrendes Wasser), Lokal des Ursprungs und Laufs, öffentlicher Gebrauch, Benennung als Fluß u. s. w.[3a]).

Auf diese Weise wird jedoch kein erhebliches Resultat erzielt, denn die meisten dieser Merkmale sind entweder vag und unsicher, oder sie beruhen auf einem falschen Begriff der rechtlichen Natur des öffentlichen Flusses. — Im Grunde genommen handelt es sich aber bei dieser Streit-

---

3a) Zu vergl. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen. I. Bd. 3. Erörterung. Hagemann, Landwirthschaftsrecht. §. 143. S. 245—249.

frage hauptsächlich darum, ob und wie die Begriffsbestimmung des römischen Rechts mit den Aussprüchen der alten deutschen Rechtsbücher und der Ansicht neuerer Gesetzgebungen und der Praxis sich in Einklang bringen lasse.

§. 15. Bekanntlich definirt das römische Recht den öffentlichen Fluß dahin: daß er ein Fluß (d. h. kein Bach) sey, welcher einen steten Lauf habe (im Sommer nicht vertrockne). Hiebei hat man nun sehr häufig das erstere Merkmal übersehen und es ist bis auf die neueste Zeit von Romanisten und Germanisten behauptet worden, daß das römische Recht alle stetig fließenden (perennirenden) Gewässer für öffentlich erkläre.[4]. In den Pandekten-Titeln, welche von den Flüssen handeln, ist von Bächen und den Rechtsverhältnissen in Beziehung auf letztere nicht die Rede. Das prätorische Edikt, welches hier commentirt wird, spricht lediglich von dem flumen publicum; öffentliche Bäche (rivos publicos) kennt das römische Recht überhaupt nicht[5]. Der Gegensatz des flumen publicum ist daher nur das flumen privatum, dieses aber ist nicht das, was man nach heutigem Sprachgebrauch unter einem Privatgewässer versteht (ein kleiner Fluß oder Bach, der sich im Privatbesitz befindt), vielmehr

---

4) D. 1. §. 1. D. de flum. (43. 12.) Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium. §. 2. Item fluminum quaedam sunt, perennia, quaedam torrentia: perenne est, quod semper fluat, ἀέννασσ torrens, ὁ χείμαῤῥουσ. — — — §. 3. Fluminum quaedam publica sunt, quadam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. It de sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. cfr. Funke, Beiträge zum Wasserrecht, im Archiv für civ. Prax. 12. Bd. S. 276ff. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts. 7. Aufl. 1847. I. §. 222. a. S. 616. bei Note 4. meint, die römischen Juristen haben nicht die Absicht gehabt, eine rechtliche Eintheilung aller Gewässer in öffentliche und nicht öffentliche aufzustellen. Die oben angeführte irrige Ansicht findet sich noch in den neuesten Compendien, z. B. bei Maurenbrecher, Lehrb. §. 180. Note 2. S. 393.

5) Funke, a. a. O. S. 585. II.

ist hiermit lediglich ein so genannter Waldstrom, — ein wildes Wasser gemeint (torrens), welches keinen stetigen Lauf hatte, vielmehr je nach dem Einfluß, den Witterung und Jahreszeit ausüben, vertrocknet oder aber zum Strom anschwillt (daher das Griechische ἑιμαῤῥους[6]). Wenn demnach die Pandekten sagen, die öffentlichen Flüsse seyen die, welche stetig fließen, so ist hiermit offenbar nicht gesagt, daß alle stetig fließenden Gewässer öffentliche Flüsse seyen. Man muß daher, um die Definition des römischen Rechts richtig zu verstehen, vor Allem darüber ins Reine kommen, was die Römer unter einem flumen sich dachten. Die Pandekten bestimmen den Begriff des Flusses an der oben (Note 4) angeführten Stelle dahin, daß sie sagen: das flumen müsse vom rivus nach Maßgabe der Größe oder der Meinung der Bewohner der Umgegend unterschieden werden. Dies kann wohl keinen anderen als den Sinn haben: das unterscheidende Merkmal zwischen einem Fluß uud einem Bach sey ein für allemal die Größe, in zweifelhaften Fällen aber soll die öffentliche Meinung hierüber entscheiden, so daß ein fließendes Wasser, welches in der ganzen Umgegend z. B. für einen Fluß erklärt wird, nunmehr auch in rechtlicher Beziehung nicht für einen Bach gelten soll.

§. 16. Somit sind die beiden unterscheidenden Merkmale, welche das römische Recht für die Eigenschaft eines fließenden Gwässers, als öffentliches oder nicht öffentliches, an die Hand giebt: der stetige Lauf und eine gewisse Größe. Der Waldstrom ist seiner Größe nach wohl ein

---

6) L. 1. §. 3. D. de flum. (43. 12.) L. 3. L. 1. §. 2. eod. L. 2. §. 9. de aqua et aquae pluviae (39. 3.) Funke a. a. O. S. 277. Ganz mit Unrecht glaubt Gesterding, Beiträge zum Wasserrecht, im Arch. für civ. Prax. 3. Bd. S. 63. das flumen perenne bilde den Gegensatz von dem Begriff des Baches und wendet daher auch unrichtiger Weise den Grundsatz des L. 1. §. 4 et 19. D. de flum. (43. 12.): „nil differre flumen privatum a ceteris locis privatis“ auf Bäche an. S. dagegen Funke a. a. O. S. 279.

Fluß, aber kein stetig fließender, der Bach hat zwar stetige Strömung, aber er ist zu klein für einen Fluß, und daher kann nach römischem Rechte weder der Waldstrom noch der Bach ein öffentlicher Fluß seyn. Andere unterscheidende Merkmale kennt das römische Recht nicht, insbesondere ist demselben die Schiffbarkeit kein nothwendiges Merkmal der öffentlichen Qualität, vielmehr theilt dasselbe die öffentlichen Flüsse ausdrücklich in schiffbare und nicht schiffbare ein[7]).

Im Gegensatz mit diesem römisch-rechtlichen Begriffe eines öffentlichen Flusses sollen nun die deutschen Rechtsquellen nach der Meinung der Germanisten nur die schiff- und floßbaren (von Natur zur Schiff- und Floßfahrt tauglichen) für öffentlich und dem allgemeinen Gebrauch freigegeben erklären, — ein Gegensatz, der um so stärker hervortritt, wenn man nach der so eben erwähnten irrigen Auffassung des römisch-rechtlichen Begriffs annimmt, daß das römische Recht alle fließenden Gewässer für öffentlich und gemein erklärte[8]). Hiefür beruft man sich, was die älteren Rechtsquellen anbelangt, auf den Sachsenspiegel und Schwabenspiegel, welche beiden Rechtsbücher den Satz aufstellen, daß dasjenige Wasser, welches „stromweise fließe" für das „Fahren und das Fischen gemein sey[9])." Die Auslegung dieser

---

7) L. 1. §. 12 et 18. D. de flum. (43. 12.) L. 2. cod. L. 1. §. 2. D. ne quid in flum. publ. (43. 13.) Gesterding not. 6. cit. S. 60. Funke, a. a. O. S. 277. not. 11.

8) Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte 4. Ausg. II. §. 362. Derselbe, Einleit. 4. Ausg. §. 267. Note d. Maurenbrecher, Lehrb. §. 180. Note 2. Mittermaier, Priv-R. 7. Ausg. I. §. 222 a. Note 1 und 2. 13.

9) Der Text dieser beiden Rechtsbücher besagt wörtlich, und zwar der des Sachsenspiegels II. 28. „Svelk water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene ynne", der des Schwabenspiegels Art. 197 „Jegliches wazzers rames fluz ist gemein zu varenne und zu vischenne."

Worte, wie sie meines Wissens von der Mehrzahl der Germanisten gegeben wird, scheint mir aber ebensowenig gelungen zu seyn, als die der Definition des Römischen Rechts.

§. 17. Einestheils soll nemlich der Ausdruck „stromweise fließt" andeuten, daß ein Strom im Gegensatz von einem kleineren Fluß oder Bach gemeint sey, und anderentheils soll das Wort „fahren" von der Schifffahrt zu verstehen seyn. Beides scheint mir nicht richtig. Was zuerst das „stromweise Fließen" anbelangt, so kann dasselbe nach dem Zusammenhange nur den Gegensatz vom „Stehen" des Wassers bezeichnen; denn der Sachsensp. spricht unmittelbar zuvor vom Fischen „in eines anderen Mannes Wasser an wilder Woge" und in „Teichen, die gegraben sind." Den ersteren Ausdruck („wilde Woge") aber erklärt die alte Glosse zum Sachsensp. durch „Wasser, das sich allein vom Wind bewegt[10]), und die „gegrabenen Teiche" sind ohnehin zu den stehenden Gewässern zu zählen. Wenn man daher auch der Erklärung eines späteren Glossators, welcher ausdrücklich bemerkt: „das sein die Wasser, die stromes fließen, da die Fische frei aus und eingehen" keinen Werth beilegen wollte, so würde schon der obige Gegensatz zeigen, daß hier von fließenden, strömenden Gewässern überhaupt, nicht aber ausschließlich von großen Strömen im Sinne des neueren Sprachgebrauchs die Rede ist; mag man nun unter der „wilden Woge" natürliche Seen, Weiher, oder etwa auch die jetzt so genannten „Altwasser" (stehende Wasser, in der Nähe von Flüssen, welche ausgetreten waren, oder ihren Lauf verändert haben) verstehen. Es kommt jedoch noch ein weiterer Umstand hinzu, welcher für diese Auslegung und gegen die hergebrachte spricht. Dies führt uns von selbst auf die Erklä-

---

10) Sachsensp. Ausg. v. Homeyer, Berl. 1835. S. 134. Mauernb. Lehrb. §. 180. Note 3. S. 394. Eichhorn, Staats- u. Rechtsgesch. II. §. 362. Not. o.

rung des Wortes „fahren". Es soll sich wohl gewissermaßen von selbst verstehen, daß hier von der Schifffahrt die Rede ist. Dem ist aber nicht so. Der Text des Sachsen- wie des Schwabenspiegels spricht lediglich vom Holz-, vom Gras- und vom Fisch-Diebstahl, sowie von den Strafen dieser Vergehen, und gedenkt bei dieser Gelegenheit beiläufig der Wasser, in welchen das „Fahren und Fischen" gemein ist. Der Schwabenspiegel giebt überdies einen Wink, an was für eine Schifffahrt hier gedacht ist, indem er im unmittelbar darauf folgenden Satze von Fischern spricht, welche mit dem Netze aus dem Schiffe streichen[11]). Ohne allen Zweifel ist daher vom Fahren zum Zwecke des Fischens die Rede, d. h. nicht von der Schifffahrt, nicht von der Eigenschaft der Schiffbarkeit, denn zum Fahren mit einem Fischerkahn bedarf es keines schiffbaren Stromes. Dies paßt nun zu dem ganzen Zusammenhange vollkommen. Auf das Fischen „in eines andern Mannes Wasser an wilder Woge" ist eine Strafe von drei, auf das Fischen in gegrabenen Teichen eine solche von dreißig Schillingen gesetzt, in frei strömenden Wassern dagegen soll das Fischen „gemein" d. h. Jedermänniglich erlaubt sein. Der Diebstahl von Fischen in gegrabenen Teichen ist ein Diebstahl im strengen Sinne des Worts, denn die Fische sind hier im Eigenthum dessen, dem der Teich gehört. Die Entwendung von Fischen aus stehenden Fischwassern, d. h. wohl solchen, in welchen Jemand das Fischereirecht hat, ohne daß darum das Wasser sein Eigenthum ist (eines „anderen Mannes" Wasser, an wilder Woge), ist ein Eingriff in dessen Recht, aber kein eigentlicher Diebstahl, denn die Fische sind hier, wie das Wild im freien Wald, in Niemands Besitz und Eigenthum (res nullius). Daher hier

11)] Schwabensp. a. a. O. „die vischer suln auch nüt daz wasser niessen, wan also verre, so si einrst mit dem netze gestrichen mugen uz dem schiffe."

die gelindere, dort die strengere Strafe [12]). In frei strömenden Wassern dagegen soll Jeder fischen dürfen; hier war zur Zeit jener Rechtsbücher die Fischerei noch ein Recht der natürlichen Freiheit, wie es auch die Jagd, mit Ausnahme der Bannforste, noch war. [13]) Daß sich die freie Fischerei in fließenden Gewässern länger erhalten hat, als in stehenden, daß hier früher hergebrachte Fischereirechte vorkommen, als dort; liegt ganz in der Natur der Sache; denn die Fische in einem Weiher oder Teiche bleiben jedenfalls mehr in der Gewalt des Berechtigten, als die, welche in einem offenen Flusse sich befinden und ab und zu schwimmen können. Die unterscheidenden Merkmale, welche die Rechtsbücher von den genannten dreierlei Arten von Gewässern angeben, beziehen sich somit augenfällig auf die Fischerei, nicht auf die Schifffahrt, und wenn daher auch der oben angeführte Gegensatz nicht für die Interpretation des „stromweis fließen" als „fließen mit freier Strömung" zeugte; so würde es demungeachtet sehr gesucht erscheinen, hier an die Unterscheidung zwischen „Strom" und „Fluß" nach neuerem Sprachgebrauch zu denken, weil diese Unterscheidung nicht nur an sich vag und unbestimmt, sondern auch in Beziehung auf die Fischerei ohne allen Werth ist.

§. 18. Obwohl, nach dem soeben Ausgeführten, der Inhalt der genannten deutschen Rechtsbücher keinen Widerspruch mit dem römisch-rechtlichen Begriffe eines öffentlichen Flusses enthält, indem er weiter nichts besagt, als daß die Fischerei in frei fließenden Wassern jedermann erlaubt sei, und obwohl, wie man leicht einsieht, nach der gewöhnlichen Auslegung die Begriffsbestimmung ziemlich vag und allgemein wäre [14]), da der Unterschied zwischen einem „Strom"

---

12) cfr. Feuerbach, Lehrb. d. peinl. Rechts, 10. Ausg. §. 314. 348. — P. G. O. Art. 169.

13) Sachsensp. II. 61. Schwabensp. Art. 236.

14) Funke a. o. a. O. S. 284.

und einem „Fluß" weit unbestimmter ist, als der zwischen einem „Fluß" und einem „Bach", und auch nach neuerem Sprachgebrauch nicht alle schiff- oder floßbaren Flüsse „Ströme" genannt werden, so läßt sich doch nicht in Abrede stellen, daß dermalen in der Praxis und in der Gesetzgebung die Ansicht die herrschende ist, welche nur die schiffbaren (d. h. die für Schiff- und Floßfahrt tauglichen) Flüsse für öffentliche erklärt. [15])

§. 19. Die Abweichung dieser Begriffsbestimmung von der des römischen Rechts ist jedoch genau beleuchtet nicht so bedeutend, als man auf den ersten Anblick glauben möchte. Denn es wird wohl nicht sehr viele fließende Gewässer geben, welche nach ihrer Größe (wozu natürlich auch die Wassermenge, die Tiefe gehört) die Benennung „Fluß" verdienen, demungeachtet aber nicht im Stande sind, einen Floß (im engern Sinne) oder ein kleines Schiff zu tragen. Wenn man daher nur von dem richtigen Begriffe der Schiffbarkeit ausgeht, und nicht, wie Manche schon gethan haben, nur den Fluß einen schiffbaren nennt, auf welchem in Wirklichkeit Schiff- oder Floßfahrt ausgeübt wird [16]), so erscheint die Abweichung des neueren Rechts von den römisch-rechtlichen Bestimmungen in diesem Punkte in der That als unerheblich. Was aber insbesondere die Wichtigkeit dieser Unterscheidung für die hier vorliegende Frage betrifft; so ist es für unseren Zweck vollkommen gleichgültig, welcher der beiden Ansichten wir beipflichten,

---

15) Mittermaier, Grundsätze, 7. Ausg. §. 222. a. Note 1. 2. 13. — Derselbe im Arch. f. civ. Prax. Bd. 23. S. 149. Not. 43. Maurenbrecher, Lehrb., §. 180. Not. 2.

16) Vergl. z. B. Dr. C. Hofacker, das Floßregal, besonders im Würtemb. Stuttg. 1844. S. 12. 13. u. 26. 27, welcher insbes. vergißt, daß die Schiffbarkeit eine natürliche Eigenschaft eines Flusses ist. cfr. Stypmann de Jur. marit. et naut. II. Cap. 5. 6. 36. Oetinger, von Meeren u. Flüssen in dessen Trakt. De jure limitum L. 1. c. 12. §. 21. AM. scheint jetzt auch Mittermaier, Grundsätze §. 230. Not. 5. S. 635.

der des römischen Rechts, oder der neuerer Gesetzgebungen und deutschrechtlicher Schriftsteller. Denn wir haben es ja unter allen Umständen nur mit solchen öffentlichen Flüssen zu thun, welche von Natur zur Schiff- und Floßfahrt geeignet sind, bei den übrigen aber ist, wie wir weiter unten sehen werden, die Frage nach ihrer Eigenschaft als öffentliche oder nicht öffentliche Flüsse für uns von keinem Gewichte. Indeß konnte doch die in diesem Punkte herrschende Meinungsverschiedenheit hier nicht unberührt bleiben.

Zweites Kapitel.

Rechte der Adjacenten an einem Privatflusse. Hoheitsrechtliche Befugnisse des Staats in Betreff solcher Gewässer.

§. 20. Bevor wir die Rechte der Uferbesitzer an einem Privatflusse näher ins Auge fassen, müssen wir uns noch über den Begriff des letzteren verständigen. Dies könnte zwar überflüssig scheinen, denn man sollte meinen, daß dieser Begriff im vorhergehenden Kapitel mit genügender Schärfe festgestellt worden sey. Allein wir haben dort so zu sagen nur die Gränze nach oben gesteckt, und müssen sie nun auch nach unten stecken. Nicht alles fließende Wasser, welches kein öffentlicher Fluß ist, fällt unter den Begriff eines Privatflusses im heutigen Sinne des Worts. Es müssen vielmehr in diesen Begriff noch zwei Merkmale aufgenommen werden, durch die der Privatfluß sich einerseits vom abfließenden Regenwasser, Schneewasser, vom Waldstrom (torrens), andererseits vom bloßen Quellwasser unterscheidet: nemlich das Merkmal des beständigen Laufs und das einer gewissen Größe. Das erstere Merkmal hat der Privatfluß nach gemeinem deutschen Rechte mit dem öffentlichen Flusse gemein; nicht so nach römischem Rechte, sofern hier, wie wir oben gesehen haben, im Gegentheil nur die nicht beständig fließenden Wasserströme (flumina torrentia) Privatflüsse heißen. Was sodann das zweite Merkmal betrifft, so zeigt schon der gemeine Sprachgebrauch, daß man nicht jedes beständig

fließende Wasser einen Privatfluß oder einen „Bach" nennen kann. Denn es gibt eine Menge beständig fließender Quellen (Brunnen), deren Abfluß an sich noch keinen Fluß oder Bach bildet, sondern welche entweder in einen bereits bestehenden Fluß oder Bach, oder in einen Teich ablaufen, oder aber sich ohne bestimmtes Ziel auf die benachbarten Grundstücke ergießen [17]).

Wie sich demnach der Fluß vom Bach, so unterscheidet sich auch wieder der Bach (der s. g. Privatfluß) von bloßem Quellwasser durch eine gewisse Größe. So gewiß jeder Bach oder Privatfluß am Ende der Abfluß einer Quelle ist, ebensogewiß stellt nicht jeder Abfluß einer Quelle einen Bach dar. Wir können daher den Begriff des Privatflusses, was das Merkmal der Größe anbelangt, mit Funke etwa dahin feststellen, daß solcher dann als vorhanden angenommen wird, wenn der Wasserlauf von der Quelle an eine förmliche, sich mehr und mehr vergrößernde Strömung bildet, welche nicht blos als Ablauf des Quellwassers nach einem nahen Ziele angesehen werden kann [18]).

§. 21. Ueber die Natur des Rechts, welches den Adjacenten an einem Privatflusse zusteht, ist viel Streit. Die Einen sprechen dem höher liegenden Uferbesitzer in der Art ein vollständiges Verfügungsrecht über das Wasser des Baches zu, daß er dasselbe nicht nur nach Gefallen benutzen, sondern auch in seinem Lauf aufhalten, die Richtung desselben verändern, ja es dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstückes ganz entziehen darf, ohne daß er daran durch ein dem letztern auf das Gewässer vermeintlich zustehendes Recht gehindert würde [19]). Diese Ansicht wird im Wesentlichen

---

17) Funke a. d. Note 4. a. O. S. 288.

18) Funke a. a. O. S. 289 unten.

19) cfr. Gesterding, Beiträge zum Wasserrecht, im Archiv für civ. Praxis. 3. Bd. V. S. 60 ff. — Dr. C. F. Günther, Quaest. de Jure aquar. spec. II. III. und IV.

folgendermaßen zu begründen versucht: 1) Durch Stellen des römischen Rechts, welche dem Eigenthümer gestatten, das Wasser, welches auf dem Grundstück des Nachbars hervorquillt, auf dem seinigen aber den Ursprung hat, dem ersteren durch Oeffnung der Wasseradern zu entziehen[20]), oder das auf seinem Grundstück befindliche Wasser zu stauen und dadurch zu verhindern, daß das Grundstück des Nachbars dadurch bewässert werde[21]). 2) Dadurch, daß das über das Grundstück eines Eigenthümers fließende Wasser ebensogut als ein Bestandtheil des Eigenthums am Grund und Boden betrachtet werden müsse, wie die über dem letzteren befindliche Luftsäule[22]), wobei sich zugleich auf eine Gesetzesstelle[23]) berufen wird, in welcher Ulpian sagt: „Nihil differt a ceteris locis privatis flumen privatum." 3) Durch folgendes Raisonnement: der Prätor gebe nach römischem Rechte verschiedene Interdicte, wodurch Anmaßungen in Ansehung der Flüsse, Verhinderungen des gemeinsamen Gebrauchs, der sämmtlichen Staatsbürgern zukommt, verhindert oder unterdrückt werden sollen. Da sich jedoch diese Interdicte auf öffentliche Flüsse beschränken, so sey es klar, daß die Eigenthümer eines Privatflusses (Bachs) lediglich die gewöhnlichen Mittel haben, Besitz und Eigenthum gegen Anmaßungen Anderer zu vertheidigen; ein Anderer aber habe in Ansehung derselben überall keine Rechte, also auch kein Rechtsmittel[24]).

---

20) L. 21. D. de aqua et aquae pluv. (39. 3.). L. 24. §. 12. de damn. inf. (39. 2.). Gesterding a. a. O. S. 64.

21) L. 10. C. de serv. et aqua. Si tibi servitutem aquae ducendae deberi Praeses animadverterit, nec hac te non utentem spatio temporis amisisse perspexerit, uti te iterum jure proprio providebit. Nam si hoc minime probetur, loco proprio facto opere, dominus fundi continere aquam, et facere, quominus ager tuus irrigari possit, non prohibetur.

22) Gesterding a. a. O. S. 65.

23) L. 1. §. 4. D. de flum. (43. 12.). Günther a. o. a. O.

24) Gesterding a. a. O. S. 66.

§. 22. Dieser Ansicht über das ausschließliche Eigenthum des höher liegenden Uferbesitzers, welche wir die „strenge Eigenthumstheorie" nennen können, steht die Ansicht derjenigen Rechtslehrer direct entgegen, welche den Privatfluß gleich dem öffentlichen Fluß als ein natürliches Ganze angesehen wissen wollen, demnach die Bäche in der Art gewissermaßen als ein natürliches Gesammtgut aller angränzenden Grundstücksbesitzer betrachten, wie die (öffentlichen) Flüsse ein natürliches Gemeingut aller Staatsangehörigen sind [25]). Das Recht, welches hienach jeder Grundstücksbesitzer an dem Bache hat (mag man dasselbe nun ein beschränktes Eigenthums- oder ein Gebrauchsrecht nennen) [26]), giebt ihm die Befugniß, das Wasser da, wo es an seinem Grundstücke vorbeifließt, als Zubehör desselben anzusehen und die Wasserkraft für sich zu benützen, darüber zu verfügen, jedoch nur so weit, als hiedurch dem Bache die ihm als solchem zustehenden natürlichen Eigenschaften nicht entzogen werden, oder andern Ufereigenthümern ihr Recht auf die Wasserkraft nicht geschmälert wird [27]). Er muß daher namentlich da, wo das Wasser sein Grundstück verläßt, ihm wieder seinen natürlichen Lauf verschaffen [28]). Hiernach unterscheidet sich der Privatfluß vom öffentlichen hinsichtlich der Gebrauchsrechte immer noch sehr wesentlich dadurch, daß letzterer von Jedermann

---

25) Funke a. o. Note 18. angef. O. S. 285. Mittermaier, Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts. 7. Ausg. Regensb. 1847. I. Bd. §. 222b. S. 620ff.

26) Funke a. a. O. spricht von einem „beschränkten Eigenthumsrecht"; ebenso nimmt Mittermaier a. o. Note 25 angef. Ort ein Privateigenthum an, welches durch die Beschaffenheit des Wassers als eines nicht in bestimmt abgegrenzte Theile zerlegbaren Ganzen, eine besondere Natur erhalte.

27) Mittermaier a. soeben angef. O.

28) Code Civil. Art. 644: — „mais à la charge de le rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire." — Mittermaier a. a. O. Note 14.

benutzt werden kann, an ersterem aber das ausschließliche Benutzungsrecht den angrenzenden Grundbesitzern zukommt. Wogegen, was das Verhältniß der letztgenannten Berechtigten einander gegenüber anbelangt, allerdings die bei öffentlichen Flüssen geltenden Rechtsgrundsätze analoge Anwendung finden mögen[29].

§. 23. Offenbar ist diese Ansicht der Natur der Sache weit angemessener, als die erstere, welche in der Praxis auch nie Geltung erhalten hat. Ueberdies lassen sich die oben angeführten Argumente für die strenge Eigenthumstheorie leicht widerlegen. Was zuerst die Stellen des römischen Rechts betrifft, welche für das unbeschränkte Verfügungsrecht des höher liegenden Uferbesitzers angeführt werden, so beziehen sich dieselben nicht auf Privatflüsse in dem oben festgestellten Verstande, vielmehr auf Quellen, deren Ablauf keinen Bach bildet. Dies ist von Funke, in den Beiträgen zum Wasserrecht[30], so klar nachgewiesen worden, daß ich einfach darauf verweisen kann. Das zweite Argument hat theils die Natur der Sache gegen sich, indem es sich auf eine ungeeignete Vergleichung der über dem Grundstück befindlichen Luftschichte mit dem durch dasselbe strömenden Bache gründet, theils beruht dasselbe auf einer mißverstandenen Stelle des römischen Rechts, indem es dasjenige auf Privatflüsse im neueren Sinne des Worts bezieht, was der römische Jurist von Privatflüssen nach dem Begriff des römischen Rechts, d. h. von temporären Wasserströmen behauptet (vergl. das oben S. 12 Note 4 und S. 13 Note 5 Bemerkte)[31]. — Was end-

29) Funke, Note 25 cit. S. 286.

30) Archiv für civ. Praxis. 12. Bd. XV. XXI. insbes. S. 292 Note 41. S. 295. 296. und Note 49. — S. 439. 445. vergl. auch Kori, über das Wasserrecht, im Archiv für civ. Praxis. Bd. 18. S. 41. bei Note 14, welcher diese Stellen gleichfalls nur vom Quellwasser versteht.

31) Funke a. a. O. S. 279. Note 19; ferner S. 439.

lich den dritten Grund betrifft, so ist nicht einzusehen, wie daraus, daß der Prätor die Interdicte, welche ihrem ganzen Inhalt und Zweck nach nur für die bei öffentlichen Flüssen bestehenden besonderen Verhältnisse passen, nicht auch in Beziehung auf Privatflüsse einräumt, folgen soll, daß bei letzteren keine besonderen, aus der Natur des fließenden Wassers sich ergebenden, von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über das Eigenthum abweichenden Prinzipien gelten sollen. Offenbar gerathen die Vertheidiger der stricten Eigenthumstheorie mit der Natur selbst in Conflict[32]), indem es in den meisten Fällen rein unmöglich seyn wird, die angeblichen ausschließlichen Rechte auszuüben — das Wasser des Baches in seiner Gewalt zu behalten, und überdieß ignoriren dieselben gänzlich, daß ihre Theorie mit den Grundsätzen des deutschen Rechts und den in Deutschland seit undenklicher Zeit in Beziehung auf die gemeinschaftliche Benutzung der Privatflüsse bestehenden Verhältnissen im Widerspruch steht[33]).

Dies wird sich aus dem Folgenden noch deutlicher ergeben, indem gerade das Verhältniß der verschiedenen Privatberechtigten in Beziehung auf den Privatfluß zu einander, die Ueberwachung und Wahrung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten von jeher in Deutschland ein Gegenstand öffentlich-rechtlicher Befugnisse der Staatsgewalt gewesen ist, wozu keine Veranlassung vorhanden gewesen seyn würde, wenn jeder Berechtigte als unbeschränkter Eigenthümer ein ausschließliches Dispositionsrecht über das, seinen Grund und Boden bespülende, Wasser gehabt hätte.

§. 24. Darüber, daß in Beziehung auf die Privatrechte der einzelnen Staatsangehörigen an nicht öffentlichen fließenden

---

32) Funke a. a. O. S. 437. Ziff. 1. a—c. S. 439.

33) Mittermaier, Grundsätze. §. 222. Note 30. 222b. — derselbe im Archiv für civ. Praxis. 23. Bd. S. 154. 155. 159. — von Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen. Bd. I. Nr. 3. — Reyscher, Württemb. Privatrecht. I. Bd. Tüb. 1837. §. 248. S. 435.

Wassern, insbesondere an den so gen. Privatflüssen, der Staatsgewalt in Deutschland von jeher ein ausgedehnteres Recht der Ueberwachung und Ober-Aufsicht zukam, sind alle Germanisten einig. Ich will hier nur die Aussprüche einiger Hauptautoritäten speziell anführen: Eichhorn bemerkt in der Einleitung in das deutsche Privatrecht[34]: die Landespolizei sey befugt, durch die Gesetzgebung den Umfang zu bestimmen, in welchem die Benutzung der Privatgewässer weder für Beeinträchtigung der Rechte Anderer, noch für einen abusus gehalten werden könne, und in dieser Beziehung entscheide dieselbe über die Gränzen der Benutzung beim Miteigenthum und beim Dominium utile. Mittermaier[35]) spricht von dem Wasserpolizeirechte des Staats in Beziehung auf nicht öffentliche Wasser als der Befugniß polizeiliche Anordnung zu treffen, wodurch im öffentlichen Interesse die Wasserbenutzungsrechte der Ufereigenthümer geregelt und Nachtheile für Andere beseitigt werden und bemerkt an einem andern Orte[36]), auch in Ansehung der nicht öffentlichen Gewässer stehe der Staatsregierung ein Aufsichts- und Polizeirecht zu, wodurch sich die Anordnungen rechtfertigen, welche im öffentlichen Interesse nothwendig werden, wogegen abweichende Verabredungen der Ufereigenthümer nicht in Betracht kommen, wenn dadurch das öffentliche Interesse verletzt würde[37]). Maurenbrecher endlich sagt in dem Lehrbuch des deutschen Privatrechts[38]), da wo er von den Beschränkungen des Grundeigenthums durch die Wohlfahrtspolizeigewalt der Staatsregierungen

34) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privat-Recht 4 Ausg. §. 268. V. S. 680. auch §. 269. V. bei Note c. in Betreff der Befugniß der Landespolizei, Wässerungsordnungen vorzuschreiben.

35) Mittermaier, Grundsätze §. 222. S. 615.

36) Derselbe a. a. O. §. 222. b. S. 622. 623.

37) Vgl. auch Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts, Hannover 1807. §. 143. Note 7 S. 247.

38) Maurenbrecher, Lehrb. 2. Ausg. Bonn 1840. 1. Bd. §. 219. S. 469. 470.

spricht: die Regierung binde, um bei fließenden Wassern gemeinschädlichen Benutzungen des Wassers (z. B. durch Verunreinigung, Aufstauung ꝛc.) vorzubeugen, bei den Wassernutzungen und beim Uferbau die Eigenthümer an genau bestimmte Regeln durch die Wasser- (Bach-) Ordnungen, und an ihre Controle durch die Wasserbaubeamten. Ausgezeichnet streng sey die staatspolizeiliche Einwirkung bei der Anlage von Wassermühlen, so daß schon hier die Mühlenhoheit als ein Theil der Wasserhoheit herausgehoben werden müsse[39]). Auch seyen hier auszuzeichnen die für das Recht der Wiesenwässerung so wichtigen Wässerungsordnungen. —

§. 25. Es wird sich hieraus der Umfang der Befugnisse der Regierung hinsichtlich der Benützung der Privatflüsse von selbst ergeben. Dieselben beschränken sich auf die Beaufsichtigung, Regelung der Wasserbenutzung und haben stets einen polizeilichen Zweck, den Schutz und die Wahrung der Rechte Anderer, oder die Verhütung eines gefährlichen Mißbrauchs der eigenen Rechte, im Auge[40]). Schon aus diesem Grunde ist es einleuchtend, daß über die Anwendung des in Frage stehenden Rechts der Staatsgewalt in einem speziellen Falle kein Privatrechtsstreit vor den Gerichten zuläßig ist, vielmehr die Regierungsbehörden selbstständig zu erkennen befugt sind, ob eine Einschreitung von ihrer Seite, aus den kaumgedachten polizeilichen Gründen, gerechtfertigt erscheine. Mittermaier leitet aus diesem Grundsatze in der Note 15 angeführten Abhandlung[41]) mehrere Regeln ab, welche ich, da sie auch für das Folgende von Interesse sind, zum Schluß dieses Abschnittes hier wörtlich anführen will:

---

39) Diese Befugniß läßt sich schon aus den ältesten deutschen Rechtsquellen nachweisen cfr. Maurenbrecher Lehrb. §. 269. not. 6.

40) Von solchen Befugnissen der Regierung in Beziehung auf nicht öffentliche Flüsse, welche einen finanziellen Zweck und ihren Grund in den nutzbaren Regalien haben, ist hier nicht die Rede.

14) Arch. für civ. Prax. Bd. 23. S. 160. 161.

„1. Wenn die Regierung vermöge ihres Wasserpolizeirechts oder ihrer Oberaufsicht im allgemeinen Interesse, z. B. um Ueberschwemmungen zu verhindern, einen Bau macht, oder eine Verfügung erläßt, welche die bisherigen Befugnisse der Ufereigenthümer beschränkt; so kann darüber kein Rechtsstreit zugelassen werden, da der Regierung die Befugniß zusteht, die Rechte der Wasserbenutzung zu reguliren und sie über die Zweckmäßigkeit einer solchen Verfügung keine Rechenschaft den Gerichten zu geben nöthig hat.“

„2. Wenn durch eine neue, im öffentlichen Interesse von der Regierung verfügte Anlage das Recht einzelner Ufereigenthümer oder auch solcher Personen, welche Rechte auf Benutzung der Wasserkraft erworben haben, beschränkt wird, so kann keine Entschädigung von ihnen gefordert und gegen die Regierung kein Prozeß vor den Gerichten zugelassen werden, weil alle solche Wasserrechte nur eine rechtliche Existenz unter der wesentlichen Bedingung erhalten haben, daß sie den öffentlichen Interressen nicht schaden und in Bezug auf den Wassergebrauch immer der Vorbehalt zum Grunde lag, daß eine durch dies Interesse, welches die Regierung vertritt und bewahrt, gebotene Veränderung zu jeder Zeit zulässig ist.“

„3. Wenn von der Staatsregierung neue Reglements gemacht werden, welche die Wasserbenutzung betreffen z. B. wegen des Rechts der Gutsbesitzer, ihre Grundstücke zu bewässern, so kann auch darüber kein Rechtsstreit vor den Gerichten erhoben werden, weil die Erlassung solcher allgemeinen Verfügungen ein Ausfluß des Wasserpolizei- und Aufsichtsrechts des Staats ist.“

Zweiter Abschnitt.

Von den öffentlichen fließenden Gewässern.

Erstes Kapitel.

Rechtliche Natur der öffentlichen Flüsse als solcher.

§. 26. Wir haben zwar im vorhergehenden Abschnitte die unterscheidenden Merkmale eines öffentlichen Flusses kennen gelernt, hiedurch sind wir aber einer für unsere Aufgabe weit wichtigeren Erörterung nicht überhoben, nemlich der Erörterung daüber: in welchem Sinne hier das Wort „öffentlich" zu nehmen sey, zu welcher Klasse von öffentlichen Sachen die schiff- oder floßbaren Flüsse gezählt werden?

Man kann nemlich dreierlei Arten von öffentlichen Sachen unterscheiden:

1) solche, deren Eigenthum Niemand zusteht, und deren Gebrauch Jedermann nach Belieben gestattet ist[42]. Das römische Recht nennt diese Sachen: res communes omnium und rechnet hiezu insbesondere Luft und Wasser (aqua profluens), das Meer und die Gestade des Meeres[43]. Ferner

2) solche, welche im Eigenthum des Staats sich befinden, deren Gebrauch aber den Staatsbürgern gestattet ist. Diese heißen im römischen Rechte res publicae[44], die

---

42) Maurenbrecher, Lehrb. §. 175. S. 386. nennt diese Sachen „öffentliche Sachen im weitesten Sinn." Vergl. ferner Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechts 4. Ausg. 2. Bd. §. 217. S. 8.

43) §. 1. J. de R. D. — L. 2. §. 1. D. eod.

44) Wenn Hofacker a. o. Note 16. a. O. S. 79 sagt: nach römischem Rechte sey das Staatseigenthum an öffentlichen Flüssen nur dahin gegangen, daß dieselben im Gemeingebrauche waren und bleiben sollten (res communes) und daß jede ausschließliche Benutzung sowohl von Seite der Regierung, als von Seite einzelner Privatleute (?) schon durch den Begriff (?) ausgeschlossen war; so verwechselt er offenbar die res publicae mit den res communes omnium, trägt übrigens den Begriff der ersteren hinwiederum auf die letzteren über, und läßt sich da-

Landstraßen, die Häfen, sowie öffentliche Plätze, Gebäude u. s. w. gerechnet[45]). Endlich heißen

3) öffentliche Sachen auch die, welche im Eigenthum des Staats in der Art sich befinden, daß die Einzelnen von dem Gebrauch ausgeschlossen sind, und letzterer lediglich zum Nutzen des Staats, als juristischer Person, oder: des Fiskus, der Finanz-Verwaltung dient, den Einzelnen also nur mittelbar zu Statten kommt. Im römischen Rechte werden diese Sachen patrimonium oder pecunia populi oder rei publicae auch wohl patrimonium, proprietas principis oder Fisci genannt[46]). Hierher gehören unter Anderen: die Staatsdomainen, Staatswaldungen u. s. w.

Nur die beiden erstgenannten Arten von öffentlichen

---

her eine doppelte Unrichtigkeit zu Schulden kommen (vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 10. bei Note 8). Daß diese Verwechslung auf einer unrichtigen Auffassung des Begriffs der aqua profluens beruht, ist aus dem S. 33 Gesagten und dem dort alleg. §. 1. J. de R. D. zu ersehen. Ueber den Unterschied von aqua profluens und flum. publicum vergl. Vinnius ad §. 1 und 2. J. h. t. Mühlenbruch a. a. O. §. 218. Note 2. §. 217. Note 1. Stypmann, Jus marit. et naut. P. II. Cap. 5. §. 260—273. in Ahasv. Fritsch, Jus fluv. I. p. 19—21. Oetinger, von Meeren und Flüssen ibid I. p. 266.

45) §. 2. J. eod. L. 4. §. 1. D. eod. Mühlenbruch a. a. O. L. 24. pr. D. de damno inf. (39. 2.) L. 1. §. 1. D. ut in flum. publ. (43. 14.) L. 6. pr. D. de contrah. emt. (18. 1.) Der Unterscheidung zwischen den rebus commun. omnium und publicis lag schon bei den Römern wohl die Idee zu Grunde, daß zwar beiderlei Gegenstände dem allgemeinen Gebrauch freigegeben, die welche als öffentliche Sachen bezeichnet werden, aber, als unter besonderer Obhut des Staats stehend, als ein zum Gemeingebrauch bestimmtes Staatsgut zu betrachten seyen, da ihrer der Staat zu öffentlichen Zwecken, zu Beförderung des Gesammtwohls seiner Mitglieder nicht entbehren kann, und es in seinem besonderen Interesse liegt, einen Mißbrauch dieser Gegenstände von Seiten Einzelner zu verhindern.

46) Maurenbrecher a. a. O. §. 176. Note 1. Mühlenbr. a. a. O. §. 218. L. 2. §. 4. D. ne quid. in loco publ. (43. 8.) L. 14. 15. D. de adquir. dom. (41. 1.) L. 72. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

Sachen sind dem privatrechtlichen Verkehr entzogen und werden nach römischem Rechte unter die res extra commercium gerechnet[74]). Bei diesen ist daher der Ausdruck „öffentlich" im strengen und eigentlichen Sinne, d. h. im wirklichen Gegensatz vom Privateigenthum zu fassen, und wir wollen sie daher öffentliche Sachen im engeren Sinne (sensu strictiori) nennen, wogegen die Sachen der letzteren Art (ad. 3.) dem Privatverkehr schon nach römischem Recht nicht entzogen waren[48]) daher nur uneigentlich „öffentliche" genannt werden können, und zu Vermeidung von Mißverständnissen lieber gar nicht so genannt werden sollten.

§. 27. Da man von den zu 2 und 3 genannten Sachen auch sagt, daß sie Eigenthum des Staats seyen, der Begriff des Staatseigenthums aber gleichfalls in verschiedenem Sinne aufgefaßt werden kann, so muß auch in dieser Beziehung eine Erläuterung gegeben werden. Man versteht nemlich unter Staatseigenthum entweder dasjenige Eigenthum, welches dem Staat als solchem zusteht und keinem anderen, als ihm, zukommen kann, oder dasjenige, welches er in seiner Eigenschaft als juristische Person besitzt, welches ebensowohl auch einem anderen Rechtssubjecte zustehen könnte. Beide Arten des Staatseigenthums unterscheiden sich jedoch nicht nur, wie wir gesehen haben, nach der Eigenschaft des Berechtigten (des Staats), sondern auch nach der Natur des Rechtsobjects, und endlich nach dem Umfang und der Qualität der Berechtigung. Die Objecte des Staatseigenthums sind entweder res extra commercium (publicae), oder nicht. In Beziehung auf erstere, die öffentlichen Sachen im engeren Sinne, (soweit sie nicht communes omnium sind), ist der Staat Ei-

---

47) Mühlenbruch a. a. O. bei Note 6. Maurenbr. a. a. O. §. 174. S. 385.

48) L. 2. §. 4. D. ne quid in loc. publ. Mühlenbruch a. a. O. §. 218 bei Note 6.

genthümer im öffentlich-rechtlichen Sinne, in Beziehung auf letztere ist er Privateigenthümer. Das Staatseigenthum endlich ist entweder eine öffentlich-rechtliche, einem s. gen. Hoheitsrechte am nächsten kommende Befugniß, deren Natur wir weiter unten genauer kennen lernen werden, oder es ist ein wirkliches Eigenthum im privatrechtlichen Sinne des Worts. Insofern nun, was das letztere betrifft, nicht nur der Staat, wie wir gesehen haben, als Subject von Privatrechten (als Privatperson) in Betracht kommt, sondern auch der Gegenstand seines Rechts eine Sache ist, welche ebensowohl im Eigenthum eines jeden anderen Privatmannes sich befinden kann, endlich dieses Recht selbst seiner Natur und seinem Umfang nach als ein wirkliches Privateigenthum (dominium) erscheint; — so wollen wir dasselbe zum Unterschied von oben genannter, öffentlich-rechtlicher Befugniß des Staats, dem Staatseigenthum im engeren, eigentlichen Sinne, das Staats-Privateigenthum nennen[49]).

§. 28. Daß diese Unterscheidungen in dem Vorstehenden nicht willkührlich angenommen, oder wenigstens nur auf das römische Recht gebaut und daher auf deutschrechtliche Verhältnisse nicht anwendbar seyen, dafür mag nicht nur angeführt werden, daß neuere Germanisten dieselben adoptirt haben[50]), sondern es spricht auch der Inhalt neuerer Gesetzgebungen in gleicher Weise für deren Aufnahme im heutigen deutschen Rechte.[51])

---

49) In meinem Aufsatze über diesen Gegenstand in Sarwey's Monatschrift für die Justizpflege in Würtemberg. X. Band S. 186 ff. habe ich letzteres Recht „das Staatseigenthum im engeren Sinn" genannt, weil es ein wirkliches Eigenthum im gewöhnlichen (privatrechtlichen) Sinne ist; allein obige Terminologie scheint mir bezeichnender, und mehr geeignet, Mißverständnissen vorzubeugen.

50) vergl. Maurenbrecher, Lehrb. §. 174—180. Mittermaier, Grunds. §. 222. a. S. 616. 617. Derselbe im Arch. für civ. Prax. Bd. XXIII. S. 149.

51) In dem österreich. Civilgesetzbuch §. 287 heißt es: Sachen, die

Es fragt sich nun aber in welche Classe von öffentlichen Sachen die Flüße nach deutschem Rechte zu zählen sind, ob das römische Recht, welches dieselben, wie wir gesehen haben, zu den rebus publicis zählt, bei uns Anwendung finde? Ob das Eigenthum des Staats an denselben ein eigentliches Staatseigenthum — oder ein Staatsprivateigenthum sey? [52])

Ueber diesen Punkt war von jeher unter den Rechtslehrern viel Streit, welcher insbesondere von den Romanisten des 16. und 17. Jahrhunderts, den s. g. Praktikern, sehr lebhaft geführt wurde. Auf der einen Seite standen die Vertheidiger und Ausbreiter der Regalitätslehre mit welcher, wie wir unten noch genauer kennen lernen werden, so großer Mißbrauch getrieben wurde, und die Hof- und Fiskaljuristen, welchen nur daran gelegen war, ihrer Herrschaft möglichst viele finanzielle Vortheile in die Tasche zu jagen, und die zu diesem Zwecke das römische Recht, sowie deutschrechtliche und lehenrechtliche Grundsätze nach ihrer Art aufzustutzen verstanden; — auf der anderen Romanisten von edlerem, wissenschaftlicherem Geiste, welche nicht nur einsahen, daß die Regalitätslehre, wie sie jene vortrugen, auf das römische Recht sich nicht basiren lasse, sondern auch vor gerechter Entrüstung über einen solchen Mißbrauch der Jurisprudenz, zur Förderung unerlaubter finanzieller Zwecke auf Kosten der Rechte der Unterthanen erfüllt waren. Dieser kräftigen Opposition ungeachtet haben sich aber die Folgen jener Perversion der Rechtsbegriffe, wie sie von den Regalitätslehrern und den Fiskaljuristen theils absichtlich theils unabsichtlich ver-

---

allen Mitgliedern des Staats nur zum Gebrauche verstattet werden, heißen ein allgemeines oder öffentliches Gut; dahin rechnet das Gesetz Ströme, Flüsse. vgl. auch Code civil Art. 538.

52) Darüber, daß die öffentlichen Flüsse nach deutschem Rechte zum Staatseigenthum überhaupt, und somit nicht zu den res communes omnium gehören, waltet kein Streit ob.

anlaßt worden ist, bis in die neueste Zeit fortgepflanzt und spucken auch jetzt noch in Köpfen und Schriften, und zwar zum Theil da, wo man sie gar nicht erwarten würde.

§. 29. Da die hier vorliegende Frage für den Zweck der gegenwärtigen Erörterung von so entschiedener Wichtigkeit ist, ja als der Angelpunkt betrachtet werden darf, um welchen sich die ganze Controverse dreht; so wird es wohl nicht ohne Interesse seyn, die Gründe und Gegengründe ein wenig genauer kennen zu lernen, welche damals (im 16. und 17. Jahrhundert) bei Beantwortung derselben geltend gemacht wurden.

Der Grundfehler, welcher begangen wurde, und von welchem auch die für die gute Sache Streitenden sich nicht ganz frei machen konnten, war eine totale Vermengung der staats- und der privatrechtlichen Befugnisse des Staatsoberhauptes in Betreff der Flüsse, — eine Vermengung, welche auch in anderen Lehren (insbesondere wo die Regalität ins Spiel kam), damals an der Tagesordnung war [53]). Man confundirte die hoheitsrechtlichen, die aus dem Staatseigenthum abzuleitenden Befugnisse und Rechte, mit finanziellen Nutzungsrechten des Staats an den öffentlichen Gewässern, und vermischte in Folge dessen den Begriff der öffentlichen Sache (im engeren Sinne vergl. §. 26.) gänzlich, indem man die öffentlichen Flüsse zu einem fiskalischen Eigenthum (Privateigenthum) des Staats machte. Ja sogar rein politische Rechte der Staatsgewalt in Beziehung auf ihr Staatsgebiet wurden mit hereingezogen, und auf diese Weise wurde aus dem Recht der Staatsgewalt auf ihr Staatsgebiet, aus den Hoheitsrechten der Gesetzgebung, Oberaufsicht und Vollziehung, aus dem Staatseigenthum

---

53) Vergl. Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. XXIII. Bd. S. 125 ff. Derselbe, Grundf. d. deutschen Priv.-Rechts §. 222. Maurenbrecher, Lehrb. §. 275. 293. Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte IV. Th. §. 578. S. 402. 403

(im öffentlichrechtlichen Sinne §. 27.), endlich aus den von der Regalität herstammenden fiskalischen Nutzungsrechten, das Privateigenthum des Staats, oder richtiger des Fiskus, an den öffentlichen Flüssen herdeducirt. Nicht wenig trug zu dieser Verkehrung der Begriffe auch die aus dem Lehenrecht herstammende Terminologie bei, vermöge welcher die wahren Hoheitsrechte des Staats und die nutzbaren Regalien unter der Benennung „regalia" in eine Kategorie gebracht wurden, welche man dann zwar wieder in majora und minora unterabtheilte, hiermit aber die durch die Zusammenstellung von zweierlei, ihrem Grund und Wesen nach total verschiedenen Rechten nothwendig veranlaßte Begriffsverwirrung nicht auflöste[54].

§. 30. Doch wir wollen zu besserer Veranschaulichung einmal jene Rechtslehrer selbst sprechen lassen: Der erste angebliche Rechtsgrund für das Privateigenthum des Staatsoberhauptes an den öffentlichen Flüssen ist das Recht des letzteren in Beziehung auf das Staatsgebiet (Landeshoheit, Landesherrlichkeit), dessen Begriff bekanntlich früher falsch aufgefaßt, — in den des „Landeseigenthumes" verkehrt wurde[55]. So sagt z. B. Ahasv. Fritsch[56]: „Ejus, qui imperium habet in terras et aquas, lege, libertas et facultas iis utendi adimi aut restringi potest." Dieses Recht wird insbesondere auf die erste Occupation des Staatsgebiets zurückgeführt und auf diese Weise aus der so vielfach mißbrauchten Theorie von der Aneignung herrenloser Sachen (res nullius,

---

54) Böhmer, Principia Juris feud. §. 62. Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts §. 206. Derselbe, Lehrbuch §. 269. — Mittermaier, Grundsätze §. 202. S. 568.

55) Maurenbrecher, Grundsätze §. 60. Derselbe, Lehrbuch des deutschen Privatrechts §. 175. Note 4. 5. §. 275. Note 7. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 200. 201.

56) Ahasv. Fritsch, Tract. synopt. de regali jure grutiac. 1668. S. 2. vergl. auch in dessen Jus fluviat. Pars II. Quaest. 10. p. 162.

adespota)[56a]) erklärt. „Non difficile est determinare", sagt Stypmann[57]), „quod is sit fluminum dominus, qui ea primum occupavit. Sicut enim, quae communia sunt, fiunt privati, qui ea occupat, ita nihil vetat fieri publica, si occupantur a toto populo, vel qui eum repraesentat, principe. — — — Ita in dominio, patrimonio, liberrima potestate et omnimoda proprietate Principis publica flumina esse dicuntur." Weiter unten sagt derselbe Autor: „Hoc regale sive dominium et proprietatem fluminis omnes habent, sive populus, sive Princeps sit, qui primo territorium, in quo est flumen, occuparunt, et Imperium in provincia habent." Mit Recht erklärt diese Occupationstheorie schon ein gleichzeitiger Schriftsteller[58]) für eine „falsa opinio", wie denn in neuerer Zeit derselben längst der Stab gebrochen ist[59]).

§. 31. Der zweite Rechtsgrund, welcher für das angebliche Privateigenthum des Staatsoberhaupts an den öffentlichen Flüssen angeführt wird, sind die Hoheitsrechte (Oberaufsicht, Gesetzgebung und Vollziehung), die „Jurisdiction", die „Obrigkeit." Schon der alte Noë Meurer[59a]) sagt: das Meer und die gemeine Wasserflüß sey, so viel das Eigenthum und die Oberkeit betreffe, in eines römischen Kaisers Schirm und Gewalt, — und bemerkt an einem anderen Orte: „obwohl in gemein zu reden alle schiffreiche Wasser zum Reich gehörig, ist doch derselben sonderer Nutz und stehet denen

56a) Mittermaier, §. 200. VIII. §. 201. Note 6.

57) Francisc. Stypmannus, de Jure marit. et nautico. Gryphiswald. 1652. Pars II. Cap. V. de Jure flum. §. 47—52. §. 89. (Bei Fritsch, Jus fluv. Pars I. p. 5. 7.)

58) P. Heig. Cons. L. II. quaest. 40. (Bei Fritsch l. c. p. 183).

59) Maurenbrecher, Lehrb. §. 189. und Note 3.; §. 375. bei Note 7. Mittermaier a. o. Note 55. angef. Orte und §. 200. VIII. S. 564.

59a) Noë Meurer, Wasserrecht. 1570. (bei Fritsch l. c. Seite 1147. 1047.)

zu, durch welcher Gebiet und Oberkeit die Wasser laufen." Deutlicher drückt ein anderer Schriftsteller[59b]) diese Idee aus, welche er übrigens bekämpft, indem er sagt: dicere propterea, quod jurisdictionem in flumine Princeps habet, et hactenus privatum esse apparet (?), ideo in universum publicum esse desinere, absurdum est." Man sieht hier, wie selbst den Gegnern der falschen Ansicht vom Eigenthum der Flüsse die klare Einsicht in die Sache und die Fähigkeit abging, die verschiedenen Befugnisse der Staatsgewalt zu trennen und zu unterscheiden, denn dieser Schriftsteller hilft sich durch die etwas sonderbar klingende Wendung: „neque jurisdictio, quomodocunque consideretur, naturam fluminis publici et effectum mutare potest, — — et nihil impedit, quominus eadem res, quoad intellectualem considerationem, pro varietate causarum et respectuum diversi juris censeatur, — er kann sich von der Vorstellung nicht losmachen, daß die jurisdictio ein Zeichen des (Privat-) Eigenthums des Landesherrn sey, wie er denn überall proprietas und jurisdictio dem usus communis gegenüberstellt: erstere beide für privatrechtlich, letztere für öffentlich-rechtlich erklärt (z. B. „Neque tantum proprietati et jurisdictioni indulgendum, ut etiam usum ad se trahat, qui privatus effici non debet."). Von einem richtigeren Gefühl wird derselbe Schriftsteller geleitet, wenn er an einer anderen Stelle sagt: Neque quia administrat res populi Princeps, ideo ea sibi applicare potest, et sibi causam possessionis mutare, et non alienare illi jura publica vel res populi permissum est, sed diligenter rem populi gerere *).

§. 32. Hauptsächlich sind es aber drittens die falschen Begriffe von Staatseigenthum und Regal,

---

59b) P. Heig. Cons. L. 2. quaest. 40. (ibid. p. 173. 176.)

*) Vergl. im Allgem. Mittermaier, Grundsätze §. 201. bei Note 5. §. 222. nach Note 24.)

auf welche jene Theorie begründet wurde. Sehen wir einmal, durch welche ingeniösen Einfälle die Lehre des römischen Rechts von den rebus publicis der Fiskaltheorie dienstbar gemacht wird! „Hoc respectu", sagt der oben allegirte Stypmann[59c]), „publica dicuntur (sc. flumina) quasi populica, quod sunt in dominio vel proprietate certi alicujus populi vel Reipublicae — vel capitis ejus, sive Imperator, Rex vel Princeps, aut alio nomine clueat. Ita in dominio, patrimonio etc. (folgt der oben allegirte Satz). „Nimis delicati hic sunt", heißt es gleich darauf, „qui (sc. mehrere allegirte Autoren) tantum respectu jurisdictionis regalibus adscribunt (sc. flumina), proprietatem vero populo. Nam eo ipso, quo flumina occupata sunt, simul eorum jurisdictio acquisita est, plerumque enim uno actu imperium et dominium quaeritur. Decepit Dd. ut tam dubie hic statuerint, Imperii Romani conditio, quae tunc Democratica fuit, quae ratio, quod flumina et alia dicuntur populi, qui dominus fuit reipublicae. Inde autem non sequitur, in aliis Rerumpublicarum formis idem de populo statuendum, cum diversa sit ratio, ibi enim populus liber erat, hic subditus, inde ab unius exemplo non concluditur ad aliud. — — — Nam non dicuntur flumina populi, qui subditus est, vel singulorum in populo, sed Populi qui reipublicae Dominus est, et Regalia habet, vel intelligitur populus cum capite, cui ut Regalia in Republ. competunt, ita et flumina ad eum pertinent.", worauf sodann die Nutzanwendung folgt, daß alle Früchte und aller Vortheil aus den öffentlichen Flüssen ihrem Inhaber, dem Fiscus, vermöge des Eigenthumrechts zufallen müsse. Diese Logik bedarf keines Commentars. Ich könnte noch mehrere derartige Beispiele anführen, es dürfte jedoch an vorstehenden genügen[59d]). So schlecht die

59c) l. c. §. 49. 60—64. 72. 80. 81. (ibid. p. 5—7.)

59d) Zu weiterer Begründung des Satzes, daß die res publicae

Argumente für diese Theorie waren, hat sie sich doch bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts fortgeerbt, und es findet sich in Lehrbüchern aus dieser Zeit der Satz als feststehend angeführt: daß die Flüsse als ein Theil des Staatseigenthums der Landesherrschaft zugehören, ein Kammerregal seyen[59e]).

§. 33. Es ist nicht zu verwundern, daß solche Mißhandlungen der römischen Rechtsbegriffe schon bei gleichzeitigen Schriftstellern, welche von wissenschaftlicherem Geiste beseelt und nicht von unedlen Triebfedern geleitet waren, lebhaften Widerspruch hervorrufen mußten, und es gereicht der Jurisprudenz jener Zeit zur Ehre, daß sie die Sophismen der Regalitätstheoretiker und Hofjuristen schon damals in ihrer Leerheit und Nichtigkeit erkannt, deren unlautere Beweggründe aufgedeckt hat.

Der S. 38. Note 2. allegirte Oetinger in seiner Abhandlung von Meeren und Flüssen[59f]) definirt nicht nur die öffentlichen Flüsse richtig dahin, daß sie solche seyen: „quae ad Principem jure superioritatis pertinent, usu vero singulorum patent, commodis ac utilitati,

Privateigenthum des princeps seyen, berief man sich unter Allegation der L. 1. pr. D. de const. Princ. (1. 4.) auch darauf, daß das röm. Volk seine Rechte durch die L. Regia auf den Kaiser übertragen habe. Vergl. z. B. Oetinger, Abhandlung von Meeren und Flüssen. (bei Fritsch l. c. p. 267.) und P. Heig. p. 36. not. 3. cit. (ibid. p. 156.) Fritsch, de Reg. Jur. Grutiae a. u. Note 134. a. O.

59e) Fischer, Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Polizeirechte. Frankfurt a. O. 1785. III. Bd. I. Kap. §. 4. S. 3. — v. Cancrin, Abhandluugen vom Wasserrechte. II. Bd. Halle 1790. II. §. 22. S. 109. §. 28. S. 112.

59f) Ötinger a. o. a. O. (bei Fritsch. p. 256. 265. 269.) der daselbst allegirte Math. Wesembec, Cons. P. IV. Cons. 197. De molendini et aquae jure et sim. serv. Fritsch l. c. II. p. 89.) sagt übereinstimmend: „Publica Flumina non sunt in commercio nec alicujus vel proprietate, vel usu, sed jure gentium publicis usibus omnium serviunt, — proprietate vero sunt nullius, quamvis quoad protectionem ad principem spectant, — eoque nec in emtionem vel commercium cadunt."

non etiam commercio, h. e. jure emendi, acquirendi, alienandi etc." — — „Flumen enim publicum dici non potest, cujus usus non est publicus, et quod est in commercio privatorum", sondern er erklärt auch, indem er der Controverse Erwähnung thut, ausdrücklich die Ansicht derer für richtiger: „qui hanc assertionem (cfr. oben S. 38. Note 2.) moderandam, et Regalia ac res Principis fiscales ab Patrimonialibus probe distinguendas esse censent", und bemerkt, daß hiemit auch die Publicisten („Politici") einverstanden seyen, sofern sie Dreierlei bei den Flüssen unterscheiden: Gebrauch, Eigenthum, Hoheit (jurisdictionem), den Gebrauch aber für Allen gemeinschaftlich, das Eigenthum für öffentlich, dem Volk, auf dessen Gebiet sie fließen, zuständig halten, so, daß nur die Hoheit in die Hand des Landesherrn oder dessen, der die hohe Obrigkeit hat, übergegangen sey. Endlich wendet dieser Schriftsteller einen Vers des Satyrikers Juvenal auf die Tendenz der Fiskaljuristen an*), und schließt mit dem Ausruf: „Sed hujusmodi Fiscales cum suis assentationibus explodendi, et ad triremes potius quam ad dicasteria remittendi sunt!"

Ein anderer Schriftsteller des 17. Jahrhunderts sagt bei einem Consilium über die Frage: ob die insula in flumine nata dem Princeps oder den Adjacenten gehöre?[59g]), nachdem er zuerst als „rationes dubitandi" die oben geschilderte Fiskaltheorie entwickelt hatte, in seinen Entscheidungsgründen unter Anderem am Schluß einer langen Abhandlung, in welcher er aus griechischen und römischen Autoren (z. B. Plutarch, Cicero, Tacitus), aus dem römischen Rechte, aus dem Prinzip der christlichen Liebe (!),

---

*) Juvenal, Satyr. II.:

„Si quid Palphurio, si credimus Armillato,
Quicquid conspicuum pulcrumque ex aequore toto est
Res Fisci est, ubicunque natat. — —"

59g) P. Heig, Cons. not. 58. cit. (bei Fritsch. Jus. fluv. p. 166sqq.)

aus Aristoteles u. s. w. nachzuweisen sich bemüht, daß die res communes und publicae nicht alle ins Privateigenthum gerafft werden dürfen: „Proinde qui publicae tollunt, et privata omnia faciunt, videant, ubi tandem habituri sint rempublicam, quae verius res erit privata appellanda, neque communitatis, sed singularitatis nomine aut Monachatus vocanda: Immo nulla, ac ne cogitatione quidem fingi Respublica, potest, quae nihil omnino habeat publicum commune.“ Derselbe Schriftsteller sucht sodann auch zu zeigen, wie die Flüsse in Italien, Spanien, Frankreich, Polen, Kurland auch jetzt noch zu den öffentlichen, dem freien Gebrauch anheimgegebenen Sachen gehören, in Deutschland dies aber (insbesondere in Sachsen nach dem Land- und Lehenrecht — Sachsenspiegel —) ohnehin der Fall sey; — worauf er weiter bemerkt: Diligenter retinenda etiam in proposito est distinctio earum rerum, quae sunt in patrimonio Principis, et in usu publico, et male faciunt, qui jura populi et principis confundunt; cum praeter ea, quae principi conceduntur nihilominus quaedam populo et Reipubl. relinqui necesse sit.“

§. 34. Die Vermengung des Begriffs von Staatseigenthum mit dem des Regals trug ebensoviel dazu bei, die Lehre von der Regalität zu verirren, als dieselbe, wie wir gesehen haben, zu einer falschen Auffassung der rechtlichen Natur der öffentlichen Sachen geführt hatte. Wir werden weiter unten Gelegenheit haben, auf den Begriff des Regals zurückzukommen, und wollen daher hier gleich wieder die Schriftsteller selbst hören. Unmittelbar nach dem oben S. 36 bei Note 2 allegirten Satze: daß die Flüsse im unbeschränkten Privateigenthum des Landesherrn seyen, fährt der mehrfach citirte Stypmann fort[59h]: „Et hoc modo a Dd. Flumina dicuntur de regalibus esse, quod scil. eorum proprietas sit

59h) Stypmann, not. 57. cit. §. 57. (Fritsch l. c. p. 5—7.)

illorum, qui proprietatem regalium habent. — — Et nisi proprietas ipsorum esset, minus recte regalium nomen haberent, ut recte dicit Sixtin etc. etc." Regal und Staats- (Privat-) Eigenthum der Flüsse sind bei diesem Schriftsteller Wechselbegriffe, wie auch aus den verschiedenen oben allegirten Stellen desselben unzweideutig erhellt; und daß er mit dieser Ansicht nicht vereinzelt dasteht, beweisen die vielen von ihm allegirten Autoritäten, beweist die damals überhaupt herkömmliche Bezeichnung des Wasserregals als: „Regale fluminis" — „Proprietas fluminis" [59i]). Aber auch in dieser Beziehung hatte damals schon eine andere (die richtige) Ansicht ihre Vertreter. So sagt Andreas Rauchbar in einem Consilium [59k]), daß die flumina publica: „vel proprietatis, vel protectionis, vel, quod verius est, jurisdictionis respectu — non autem usus ratione" zu den Regalien gehören; — er denkt also wenigstens mehr an die Wasserhoheit, als an ein Privateigenthum; allein noch weit richtiger bestimmt ein anderer Schriftsteller dieser Zeit den Regalbegriff, wenn er sagt: Et sunt quidem flumina de regalibus. Ceterum hoc de utilitate vectigalium, piscationum, et aliorum redituum intelligi debet, non de omnimoda fluminum appropriatione" ferner: „Flumina denique non ideo regalia appellantur, quod omnem illorum usum Reges sibi tantum vindicarint, sed quia praecipua illorum commoda in suum fiscum retulerint et possederint." [59l])

59i) Vergl. unten §. 56 und die Noten 134. 135.

59k) Andr. Rauchbar. Pars I. Quaest. 23. An Princips, ad quem fl. publ. reg. jure pertinent navigationem in iis interdicere et prohibere possit? (Fritsch l. c. P. II. p. 146 sq.)

59l) P. Heig Pag. 40. not. 2. cit. (Fritsch l. c. p. 176. 181.) Dieser Schriftsteller fällt ein nicht minder strenges Urtheil über die Tendenz der Gegner, als der oben Note 1. allegirte Oettinger, indem er sagt: „Multo minus moveri debemus fisci procuratorum susurris: Omnia esse fisci clamantium. Neque simpliciter Juvenalis,

§. 35. Es ist nun Zeit, zu der oben (§. 28.) aufgeworfenen Frage zurückzukehren. Daß nach altem deutschem Rechte die Flüsse nicht zu dem Privateigenthum des Staats gerechnet wurden, geht schon aus den oben (§. 16. Note 3.) angeführten Stellen der alten Rechtsbücher hervor, welchen zufolge noch im 12. und 13. Jahrhundert das Fischen in stromweis fließenden Wassern gemein gewesen ist. Auch wurde niemals das fiskalische Eigenthum der Flüsse aus einer alt-deutschen Rechtsgewohnheit, vielmehr wurde dasselbe stets aus dem römischen Rechte und aus der Feudalität, insbesondere aber aus dem Regalgesetz Kaiser Friedrichs I. (des Hohenstaufen)[59m]) abgeleitet. In dieser Constitution nemlich, welche übrigens, wie jetzt allgemein anerkannt ist, in Deutschland nie Gesetzeskraft hatte, sondern nur für die Lombardei galt[59n]), werden unter den regalen Rechten des Kaisers: „flumina navigabilia et est quibus fiunt navigabilia“ aufgezählt. Wiewohl hierdurch nicht gesagt werden wollte, daß das Eigenthum der schiffbaren Flüsse als Regal dem Kaiser gehöre, vielmehr nur für den letzteren die Hoheit über dieselben und die hieraus entspringenden nutzbaren Rechte, nemlich Zölle, sowie Abgaben für die Gestattung einer dem gemeinen Gebrauch hinderlichen Benutzung gewahrt werden sollten[59o]), so nahmen nichts

---

qui allegatur scripsit, sed ex ore Harpyarum aulicarum sumsit et excogitavit, inquiens: ridendum esse Palphurium assentatorum, qui omnia quaecunque ex mari caperentur, pisces etiam ipsos esse Domitiani Caesaris affirmabat.“

59m) II. Feud. Cap. 56.

59n) Maurenbrecher, Privatrecht I. §. 275. Note 6. Mittermaier, Grundsf. des deutschen Privatrechts §. 200. Note 23. 24. §. 222. Note 24. Eichhorn, Einleit. §. 265. S. 675.

59o) Dies erhellt schon aus Radevicus, de gestis Friderici I. Lib. 1. Cap. 25., wo die Worte der Constitution durch: „Molendina, Piscarias, Portus omnemque utilitatem ex decursu fluminum provenientem“ erläutert werden. Vgl. Eichhorn, deutsche

desto weniger die späteren Juristen diese Worte buchstäblich, wozu sie wegen ihrer Auslegung des römischen Rechts in Betreff des Staatseigenthums der Flüsse um so mehr Recht zu haben glaubten, und kamen, wie wir kurz zuvor (§. 34.) gesehen haben, dahin, daß sie Fluß-Regal und Eigenthum (proprietas) der Flüsse für Wechselbegriffe hielten [59p]).

Wenn demnach die Ansicht, daß die öffentlichen Flüsse sich im Privateigenthum des Staatsoberhauptes befinden, sich weder aus dem römischen Rechte, noch aus deutschen Rechtsgewohnheiten ableiten läßt, indem das erstere, wie wir oben (§. 26. 2.) gesehen haben, die Flüsse zu den öffentlichen Sachen im eigentlichen, strengen Sinne rechnet, die letzteren aber alles stromweis fließende Wasser für gemein erklären; so ließe sich zu ihrer Vertheidigung nur etwa noch anführen, daß sie in der Folge durch eine übereinstimmende Anwendung von Seiten der rechtsgelehrten Richter, einen allgemeinen Gerichtsgebrauch, in der Praxis herrschend und daher zur gültigen Rechtsgewohnheit geworden sey. Allein abgesehen davon, daß es nicht wohl zulässig erscheint, aus einer unrichtigen Auffassung des römischen Rechts, einer irrigen Anwendung und Auslegung eines Gesetzes für die Lombardei von Seiten der Juristen, ein rechtsbeständiges Herkommen abzuleiten, wäre vor Allem noch zu beweisen, daß die in Frage stehende Ansicht wirklich die ausschließend herrschende war. Nun geht aber aus den in den letzten §.§. gegebenen Auszügen der so genannten Praktiker hervor, daß diese Ansicht zwar viele Anhänger, aber doch auch manche entschiedene Gegner zählte, daß von jeher eine Controverse hierüber bestand,

---

Staats- und Rechtsgesch. 4. Ausg. II. Bd. §. 362. Anmerk. S. 692. 693. Derselbe, Einleit. §. 265 Note f. §. 267 Note c. Mittermaier, Grundsätze 200. IX. §. 222. Note 19. Maurenbrecher, Lehrb. §. 293 Note 4.

59p) Mittermaier, a. a. O. insbes. §. 200. XII. Note 27.

und somit fällt auch die Annahme eines Herkommens von selbst.

Wir dürfen daher ohne Anstand die Frage dahin beantworten: daß, nach deutschem, wie nach römischem Rechte, die öffentlichen Flüsse zu den öffentlichen Sachen im strengen Sinne des Worts zu zählen und als im eigentlichen Staatseigenthum, nicht aber im Privateigenthum des Staats befindlich zu betrachten sind, wenn gleich die Staatsgewalt manche Nutzungsrechte an denselben hergebracht hat, welche, wie wir weiter unten sehen werden, aus diesem Rechtsverhältnisse sich nicht erklären lassen.

§. 36. Hiermit stimmen auch die angesehensten neueren Germanisten überein, von welchen wir zum Schluß einige hier anführen wollen.

Schon Runde[59q]), wiewohl er der Streitfrage nicht ausdrücklich Erwähnung thut, bemerkt: man dürfe die Flüsse nicht „nach römischen Grundsätzen für lauter zum Staatseigenthum gehörige Sachen (res humani juris publicae) ansehen, oder sie alle nach longobardischem Rechte in die Klasse der Regalien setzen", weil viele kleine Bäche sich auf gewisse Strecken im Privateigenthum finden. Dieser Schriftsteller erklärt also diejenigen Flüsse, welche nicht im Privateigenthum sind, für res pubicas im Sinne des römischen Rechts. Zu diesen rechnet er insbesondere die schiff- und floßbaren Flüsse, indem er bemerkt: vom Floßrecht könne nur bei großen, zum Staatseigenthum gehörigen Flüssen die Rede seyn, dasselbe sey in der Ausübung eine Art der Schifffahrt, und wo diese überhaupt frei sey, oder nur gegen die gewöhnlichen Zölle geübt werde, da lasse sich unter gleicher Bedingung der Regel nach auch freie Ausübung des Floßrechts behaupten[59r]).

59q) Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 8. Aufl. 1829. §. 102.

59r) Ebendaselbst §. 107.

Nach Eichhorn[95s]) ist die Regel des römischen Rechts: daß jedes flumen perenne ein flumen publicum sey, dann allemal anwendbar, wenn der in Frage stehende Fluß entweder schiffbar (mit Schiffen oder Tragflößen fahrbar) oder wenigstens nach Herkommen und Besitzstand nicht im Privateigenthum befindlich ist. Freilich verläßt dieser Schriftsteller den römisch-rechtlichen Begriff des flumen publicum wieder, wenn er gleich darauf bemerkt: es müsse jedes Gewässer, über dessen Benutzung der Staat bisher verfügt habe, für ein öffentliches gehalten werden.

Wir werden hierauf zurückzukommen Veranlassung haben. Indessen wird man doch nicht annehmen dürfen, daß Eichhorn derjenigen Auslegung des römischen Rechts zugethan sey, nach welcher das Staatseigenthum der öffentlichen Flüsse in ein Privateigenthum des Staatsoberhaupts oder des Fiskus, der Finanzverwaltung, verkehrt wird, vielmehr scheint es nur, daß er sich an der angeführten Stelle den Unterschied zwischen beiden Arten des Staatseigenthums nicht recht klar gemacht habe.

Daß Maurenbrecher[59t]), wiewohl auch er die Controverse nicht ausdrücklich erörtert, die Flüsse zum eigentlichen Staatseigenthum rechnet, geht schon aus der Stellung hervor, die er dieser Lehre in seinem Systeme anweist. Er ist meines Wissens der Erste und Einzige, welcher dieser Lehre den richtigen Platz (unter den allgemeinen Lehren von den öffentlichen Sachen) angewiesen hat, während alle übrigen Germanisten dieselbe beim „Wasserregal" abhandeln. Mit Recht macht Maurenbrecher darauf aufmerksam, daß „Wasserregal" und „Eigenthum der Flüsse" nichts mit einander gemein haben. Wenn derselbe aber §. 180 bemerkt: „daß die Staatseigenthumsidee der Flüsse in Deutschland nicht consequent durchgeführt sey, ersehe man daraus, daß die insula in flumine nata

59s) Eichhorn, Einleitung §. 268 I. II.

59t) Maurenbrecher, Lehrbuch §. 180. 293.

auch bei schiffbaren Flüssen unter der römischen Regel stehe — d. h. dem Ufereigenthümer zufalle, wie es auch mit dem alveus derelictus und der alluvio der Fall sey"; so scheint derselbe zu vergessen, daß hier, nachdem einmal Land sich gebildet hat, das Wasserrecht aufhört, und daß daher wegen dieser Regel dem deutschen Rechte so wenig der Vorwurf der Inconsequenz gemacht werden darf, als dem römischen, vielmehr die in der Natur der Sache gelegene Richtigkeit dieses Grundsatzes dadurch gerade die schönste Bestätigung erhält, daß in ihm die Rechtsbegriffe beider Völker übereinstimmen.[59u])

Mittermaier endlich bringt die Controverse zuerst ausdrücklich zur Sprache, indem er in seinem hier schon mehrfach allegirten Aufsatz in Betreff des Verhältnisses der Verwaltung und der Justiz bei Streitigkeiten über Gegenstände der Regalität mit besonderer Beziehung auf das Wasserrecht, bemerkt[59v]): auch über den Sinn des Ausdrucks „öffentlich" sey Streit, da man darunter entweder einen Theil des Staatseigenthums in dem Sinne, daß der Fluß eine Quelle von Einkünften der Regierung sey, oder die Oeffentlichkeit so verstehen könne, daß an dem öffentlichen Fluß kein Privateigenthum stattfinden kann, und der Staat nur als Bewahrer der öffentlichen Interessen, als Verwalter der Sachen, deren Gebrauch Allen zusteht, jenem Interesse gemäß die Gebrauchsrechte ausschließend regulire. Für die erstere Ansicht spreche die Feudalität, unter deren Herrschaft im Mittelalter die Meinung entstanden sey, daß das Eigenthum der schiff- und floßbaren Flüsse dem Seigneur gehörte, für die zweite Ansicht scheine das römische Recht und die würdige Ansicht von dem Staatsrechte zu sprechen.

59u) Daß die Regel nicht römischen Ursprungs in Deutschland sey, beweist Sachsenspiegel II. 56. §. 3. Maurenbrecher, a. a. O. §. 180 Note 5.

59v) Arch. für civ. Praxis B. XXIII. S. 149.

In der sechsten Auflage seiner Grundsätze des deutschen Privatrechts hat Mittermaier das Gesagte fast wörtlich wiederholt, sich aber am Schlusse noch bestimmter für die letztere Ansicht entschieden, welche „als die dem römischen Rechte und den richtigeren staatsrechtlichen Vorstellungen am meisten entsprechende zum Grund zu legen sei." In der neuesten (7ten) Auflage dieses Werks endlich wird, mit Verwerfung der obigen feudalen Ansicht, für das im deutschen Sinn als öffentlicher Fluß erscheinende Wasser der Grundsatz aufgestellt: „daß der öffentliche Fluß, während der gewöhnliche Gebrauch des Wassers Allen gemeinschaftlich ist, einen Theil des Staatseigenthums bildet, das Privateigenthum der Ufereigenthümer kein Recht auf Wassergebrauch giebt, die Oeffentlichkeit aber nur wirkt, daß der Staat im öffentlichen Interesse der Schifffahrt den Wassergebrauch bestimmt u. s. w." [59w])

§. 37. Um die Folgerungen aus dem Satze: daß die öffentlichen Flüsse öffentliche Sachen im strengen Sinne des Worts sind (§. 26. 2.), daß sie zum eigentlichen Staatseigenthum (§. 27. a. C.) gehören, uns im Einzelnen klar zu machen, wollen wir einmal den Begriff des uneigentlich so genannten Staatseigenthums, des Staatsprivateigenthums, nach seinen unterscheidenden Merkmalen ins Auge fassen:

Maurenbrecher definirt dasselbe kurzweg und ganz richtig als das Eigenthum der moralischen Person des Staats. [60]) Die unterscheidenden Merkmale desselben sind insbesondere folgende: 1) die Ausschließung der Gesammtheit der Unterthanen von dem Gebrauche [61]); der

59w) Mittermaier, Grundſ. d. deutſch. Privatrechts 6. Aufl. §. 222. a. 7. Aufl. §. 222. a. bei Note 8. S. 616. 617.

60) Maurenbrecher, Lehrb. §. 176. Not. 1. — Derselbe, Grundsätze des deutsch. Staatsrechts §. 201. Not. 6. Auf gleiche Weise wird der Begriff schon im Röm. Recht bestimmt: cfr. L. 2. §. 4. D. ne quid in loc. publ. (43, 8.): res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt.

61) Derselbe, Lehrb. a. a. O.

letztere dient blos zum Nutzen der moralischen Person des Staats, — des Fiskus, der Finanzverwaltung, — und daher nur mittelbar zu dem der Staatsangehörigen. 2) Die Gegenstände des Staatsvermögens sind nicht res extra commercium. Zwar behaupten die Rechtslehrer gewöhnlich die Unveräußerlichkeit des Staatseigenthums, namentlich des Domanial-Besitzes, und auch in vielen Staatsgrundgesetzen ist dieselbe ausdrücklich ausgesprochen.[62]) Diese Unveräußerlichkeit ist jedoch nicht so zu verstehen, daß die einzelnen Objecte res extra commercium wären, sondern nur so, daß das Vermögen seinem qualitativen und quantitativen Bestande nach nicht verringert werden dürfe; hiedurch ist eine Veräußerung, Vertauschung u. s. w. der einzelnen Objecte nicht ausgeschlossen. Wenn z. B. vorgeschrieben wäre: daß das Waldareal des Staats nicht vermindert werden dürfe, so würde dadurch die Forstverwaltung nicht abgehalten seyn, mittelst Verkaufs einzelner Waldstücke und Ankaufs anderer, besser gelegener an deren Stelle, den Waldbesitz des Staats zu arrondiren.[63]) Diesem Grundsatze der Unveräußerlichkeit

---

62) Derselbe, a. a. O. u. §. 177. Not. 3.

63) In diesem Sinne versteht die württembergische Verf. Urkunde §. 107. die Unveräußerlichkeit des Kammerguts. Die betreffende Bestimmung derselben lautet folgendermaßen:

„Das Kammergut ist in seinem wesentlichen Bestande zu erhalten, und kann daher ohne Einwilligung der Stände weder durch Veräußerung vermindert, noch mit Schulden oder sonst mit einer bleibenden Last beschwert werden. Als eine Verminderung des Kammerguts ist es jedoch nicht anzusehen, wenn zu einer entschieden vortheilhaften Erwerbung ein Geldanlehen aufgenommen oder zum Vortheil des Ganzen eine Veräußerung oder Austauschung einzelner minder bedeutender Bestandtheile desselben vorgenommen wird. Es muß aber den Ständen in jedem Jahre eine genaue Berechnung über den Erlös aus solchen Veräußerungen und über dessen Wiederverwenduug zum Grundstocke vorgelegt werden.“

Vergl. auch Mohl, Württ. Staatsrecht, 1. Aufl. 1. Th. S. 542. 543. Not. 7. — Maurenbrecher, Grundsätze d. deutsch. Staatsrechts §. 201. Not. 9. S. 371.

unterliegt ein politisches, staatswirthschaftliches Motiv [64]), welches auf die juristische Natur der Gegenstände des Staatsvermögeas ohne Einfluß ist, — und es kann demnach die Unveräußerlichkeit der letzteren nicht aus einer rechtlichen Eigenschaft derselben abgeleitet werden. Daraus, daß die zum Staatsvermögen im engeren Sinne gehörigen Gegenstände keine eigentlichen öffentlichen Sachen, nicht extra commercium sind, folgt nun aber 3) daß der Staat in Beziehung auf dieselben in dem Rechtsverhältnisse des Privatmannes sich befindet, d. h. daß seine Rechte und Verbindlichkeiten nach den gewöhnlichen, allgemein gültigen Grundsätzen des Privatrechts sich normiren, — daß er vor den ordentlichen Civilgerichten Recht geben und nehmen muß. [65])

§, 38. Wenn nun nach dem Obigen die öffentlichen Flüsse keinen Theil des soeben näher bezeichneten Staatsvermögens bilden, so müssen die angeführten drei Merkmale bei denselben nicht zutreffen, d. h. es muß ad 1) die Gesammtheit der Unterthanen von ihrem Gebrauche nicht ausgeschlossen und es darf der letztere nicht allein zum Nutzen der moralischen Person des Staats bestimmt, dagegen müssen ad 2) die öffentlichen Flüsse wahre res extra commercium seyn, und es muß der Staat in Beziehung auf dieselben ad 3) nicht in dem Rechtsverhältnisse des Privatmanns stehen, seine Rechte und Verbindlichkeiten dürfen sich nicht nach Grundsätzen des Privatrechts regeln, er kann in Beziehung auf dieselben nicht verbunden und befugt seyn, vor den ordentlichen Gerichten Recht zu geben oder zu nehmen.

Dieses Ergebniß aus dem Prinzipe stimmt jedoch mit den Rechtsverhältnissen in Betreff der öffentlichen Flüsse, wie solche faktisch vorliegen, nicht ganz zusammen.

Was zuerst den Gebrauch betrifft, so sind zwar von demselben die Unterthanen nicht ganz ausgeschlossen,

64) Mohl a. a. O. S. 543. Not. 8.
65) Vergl. die Württ. Verf. Urk. §. 94. und oben §. 27.

indem den letzteren an allen öffentlichen Flüssen gewisse Nutzungen unbedingt freistehen [66]), dagegen werden andere, und zwar gerade die wichtigsten Nutzungsrechte, insbesondere die Benutzung des Wassers zur Schifffahrt, zum Mühlenbetriebe, wo nicht als ausschließliche Rechte des Staats betrachtet, so doch hinsichtlich der Ausübung von demselben beschränkt und wird die Verstattung des Gebrauchs als Einnahmsquelle benützt. [67])

Sodann ist es zwar nicht in Abrede zu ziehen, daß die öffentlichen Flüsse auch in der Praxis als öffentliche Sachen und in sofern außer dem privatrechtlichen Verkehr (extra commercium) betrachtet werden, als sie namentlich nicht in dem Privateigenthum erscheinen. Demungeachtet befinden sich viele Nutzungsrechte (z. B. das Recht des Mühlenbetriebs) im Privatverkehr, insofern sie an Privaten und von Privaten veräußert, verkauft, vertauscht, vererbt u. s. w. werden. [68])

Endlich ist zwar der Staat, was diejenigen öffentlichrechtlichen Befugnisse und Verbindlichkeiten betrifft, welche ihm in Beziehung auf die öffentlichen Flüsse als solche, d. h. als öffentliche Sachen im strengen, eigentlichen Sinne des Worts, zustehen und obliegen, nicht in dem Rechtsverhältnisse des Privatmanns und hat insoweit auch die Autorität der Civilgerichte nicht anzuerkennen; er kann aber in Hinsicht auf seine Nutzungsbefugniß an den öffentlichen Flüssen in privatrechtliche Verhältnisse treten, Rechte und Verbindlichkeiten haben, worüber im streitigen Falle die ordentlichen Civilgerichte zu erkennen befugt sind. [69])

§. 39. Um diese Widersprüche zu erklären, müssen

66) Maurenbrecher, Lehrb. §. 180. a. E. — Hofacker, a. a. O. S. 35. — Mittermaier, Grundſ. §. 222. a bei Note 8.

67) Maurenbrecher a. a. O. §. 293. a. E.

68) Mittermaier, im Arch. für civ. Prax. Bd. 23. S. 148. 150. 151. — Maurenbr., Lehrb. §. 269. Not. 4. §. 270. bei Not. 2. S. 581. 583. — Hofacker a. o. a. O. S. 101. bei Not. 1.

69) Maurenbrecher, Lehrb. §. 273. bei Not. 2. S. 587. — Mittermaier, im Arch. a. a. O. Derselbe, Grundsätze §. 222.

wir die Natur der soeben erwähnten Nutzungsrechte etwas näher prüfen, insbesondere nach ihrem Rechtsgrund uns umsehen. Da dieselben, wie soeben bemerkt wurde, mit dem was aus der rechtlichen Natur der Flüsse als öffentliche Sachen im strengen Sinne des Worts folgt, im Widerspruch stehen; so müssen sie auf einem andern Grunde beruhen, der nothwendig ein äußerer, zufälliger, ein historischer Entstehungsgrund seyn wird. So verhält es sich auch wirklich. Nicht nur war es den Regenten in Deutschland am leichtesten möglich, gewisse Benutzungen des fließenden Wassers, insbesondere der größeren Flüsse und Ströme, auszuüben, und sie waren daher die ersten, welchen diese Nutzungen zu Theil wurden; sondern der Einzelne konnte in der Regel auch zu diesen Nutzungen nur dadurch gelangen, daß er den Schutz des Regenten nachsuchte, welcher ihm nur gegen Abgaben bewilligt wurde. Dies begreift sich leicht, wenn man an die Unsicherheit in jenen Zeiten des Faustrechts denkt, wo Raubzüge und Fehden eine Hauptbeschäftigung des kampf- und beutelustigen Adels waren, und Niemand ohne „das Geleit" der Regierung mit Sicherheit einen Strom in Deutschland befahren konnte. Hiezu kam noch, daß die polizeiliche Aufsicht, welche nothwendig war, Unglücksfälle zu verhindern, und die Gerichtsbarkeit, kurz die Hoheit in Betreff der Flüsse, die dem Regenten zukam, in Folge einer Verwechslung dieser Rechte mit den Rechten des Eigenthümers, bald als eine Quelle von Einnahmen für den Staatsschatz benutzt wurde; wie denn überhaupt im Mittelalter solche Rechte, welche der Kaiser auf seinen Gütern oder auf den Reichsdomänen als Grundherr ausübte, von den Rechten desselben, als Oberhaupt des Reichs, nicht gehörig unterschieden wurden. Auf diese Weise wurden viele Nutzungen der Flüsse, welche ihrer Natur nach dem freien Gebrauche der Staatsbürger anheimgegeben seyn sollten und theilweise auch wirklich es waren, nach und nach zu Vorrechten des Regenten, zu „Regalien". Bald wurde

die im longobardischen Lehenrechte vorkommende Rechtsansicht, Einkünfte aus öffentlichen Strömen zu den Regalien zu rechnen (vergl. oben §. 35.) zu Hülfe genommen und die Juristen bemühten sich vollends durch Vermengung von wahren Eigenthumsrechten, Hoheits- und Schutzrechten des Regenten, und von Regalien die Regalitätstheorie zu ihrer Vollendung zu bringen.[70]) Wie weit dies gelungen ist, haben wir oben (§. 28—34.) gesehen, wo gezeigt wurde, daß die Ansicht von den Wasserregalien, nach welcher dieselben nichts anderes als Wirkungen des Eigenthums (der Proprietät) der Flüsse sind, welches, als Regal, dem Staat zukommt, auch früher nie vollständig festen Fuß fassen konnte. Wir können daher die regalen Nutzungsrechte an den öffentlichen Flüssen nicht auf ein umfassendes Recht (ein Wasserregal, regale fluminis) zurückführen [71]), sondern müssen ein jedes für sich als auf einem speciellen historischen Rechtsgrunde beruhend ansehen.

Aus diesem historischen Hergange der Sache, auf welchen ich zurückzukommen noch mehrfach Gelegenheit haben werde, erhellt nun aber deutlich: daß die bestehenden positiven Rechtsverhältnisse, in soweit sie mit den oben angegebenen Grundregeln im Widerspruch sind, stets als Ausnahmen von der Regel betrachtet werden müssen, nicht aber bei Entwicklung der Lehre von den öffentlichen Flüssen und der die letzteren betreffenden Rechtsgrundsätze zu Grund gelegt werden dürfen.[72]) Hält man nemlich den Begriff des öffentlichen Flusses fest, wie er aus dem Bisherigen sich ergeben hat, so darf man nur soviel einräumen[73]), daß der ursprüngliche Rechtszustand unter dem Ein-

---

70) Eichhorn, deutsche Staats- u. Rechtsgesch. 4. Th. §. 548. S. 402—404. Derselbe 2. Th. §. 362. S. 687—691. Anm. S. 692. Mittermaier, Grundsätze §. 200. §. 222. Maurenbrecher, Lehrbuch §. 275. 290.

71) Mittermaier a. a. O. bei Note 25. Maurenbrecher a. a. O. §. 293. Note 2.

72) Vergl. unten §. 50. Not. 122—124.

73) Vergl. Funke im Arch. f. civ. Praxis 12. Bd. S. 283—285.

flusse der soeben entwickelten Verhältnisse insoweit modificirt werden konnte, als wohlerworbene Rechte begründet wurden, welche zwar ursprünglich einer Anmaßung der Regierungen, einem Mißbrauch ihrer gesetzlichen Befugnisse (mag dieser nun ein unabsichtlicher oder ein absichtlicher gewesen seyn), ihre Entstehung verdanken [74]), aber in der Folge, wo nicht durch Partikulargesetze, so doch durch Immemorialverjährung bestätigt worden sind [75]). Denn es ist klar, daß man entweder den Begriff des öffentlichen Flusses aufgeben und die öffentlichen Flüsse für Privateigenthum des Staats erklären, oder aber die Existenz von Privatrechten, wenn auch nur in Beziehung auf die Benutzung der öffentlichen Flüsse für eine Anomalie halten muß, gegen welche die rechtliche Natur des Objects streitet, und die daher nur aus einem zuzufälligen, historischen Rechtsgrunde abgeleitet werden kann.

§. 40. Sehen wir fürs Erste von jenen hergebrachten Privatrechten, welche in Hinblick auf die Natur der öffentlichen Flüsse für eine Anomalie erklärt wurden, ab, und betrachten wir die rechtliche Natur der letzteren zunächst vom rein theoretischen Standpunkte so werden wir folgendes Ergebniß erhalten:

Schon der Begriff des öffentlichen Eigenthums ist ein wesentlich anderer, als der des Privateigenthums. Letzteres giebt dem Berechtigten eine unbeschränkte Dispositionsbefugniß über den Gegenstand und daher auch das Recht, denselben einem Andern zu übertragen, zu veräußern, oder doch in Beziehung auf denselben einzelne Befugnisse an Andere abzutreten, oder wie man in der Rechtssprache sagt:

---

74) vergl. Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland. Frankf. a. O. 1806 S. 33—41. Mittermaier, Grundś. §. 200.

75) Bekanntlich konnten in Deutschland auch Rechte, welche der Staatsgewalt als solcher zustehen (s. g. wesentliche Hoheitsrechte z. B. die Gerichtsbarkeit), durch unvordenklichen Besitzstand von Privaten erworben werden. Thibaut, über Besitz- und Verjährg. Jena 1802 §. 75. Mittermaier, im Archiv für civ. Prax. a. a. O. S. 150 bei Not. 50. Funcke, a. a. O. S. 283 bei Note 30. S. 285 oben.

den Gegenstand mit dinglichen Lasten (Servituten u. dgl.) zu belegen. Das Privateigenthum berechtigt ferner den Eigenthümer jeden Andern von jedem Gebrauche der Sache auszuschließen.

Bei dem öffentlichen Eigenthume dagegen sind die Befugnisse des Eigenthümers durch die rechtliche Natur und den Zweck, zu welchem die Gegenstände vorhanden sind, in den beiden genannten Beziehungen beschränkt. Vermöge der ersteren ist die Sache eine öffentliche und hat der Eigenthümer (der Staat) an dieselbe nur als solche ein Recht; sie kann ohne diese Eigenschaft zu verlieren nicht veräußert, d. h. von einer öffentlichen zu einer nicht öffentlichen (privativen) gemacht werden; es kann ferner aus dem Recht an die Sache als öffentliche nur das Recht abgeleitet werden, über dieselbe in dieser Eigenschaft zu verfügen, nicht aber in einer andern Eigenschaft, d. h. in der Eigenschaft als Privatsache. Folglich kann aus dem öffentlichen Eigenthum eine privative und ausschließliche Dispositionsbefugniß nicht folgen. Die letztere ist aber auch zweitens dem Zweck, zu welchem der Gegenstand vorhanden ist, zuwider. Das öffentliche Eigenthum ist für den Gebrauch der sämmtlichen Staatsbürger bestimmt [76]) und daher eine Verfügung von Seiten des Staats, welche gerade diesen allgemeinen Gebrauch unmöglich macht, indem sie die Benutzung ganz oder theilweise für sich allein in Anspruch nimmt, oder einem Einzelnen als ausschließliches Recht überträgt, der rechtlichen Bestimmung desselben wiedersprechend [77]). Wenn hienach zwei der Hauptbefugnisse des Privateigenthümers dem Staat als Eigenthümer der öffentlichen Sachen vermöge der Natur und

76) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Ausg. v. Madai II. Th. §. 218. a. S. 10. Maurenbrecher Lehrbuch §. 179.

77) vergl. unten Note 90. Hiernach ist das in Meiner Schrift: die Conflicte rc. S. 64. 65. 69. 71. 73. Bemerkte wesentlich zu berichtigen, insofern an diesen Stellen die wohlerworbenen Privatrechte Einzelner in Beziehung auf öffentliche Flüsse aus dem Eigenthumsrechte des Staats, welches für eine öffentlich-rechtliche Dispositionsbefugniß erklärt wird, abgeleitet werden wollen.

des Zwecks des letzteren entzogen sind, so fragt sich, welche Befugnisse bleiben demselben als Ausflüsse seines Eigenthums? Vermöge der Natur der Gegenstände kann er zwar über dieselben nur als über öffentliche Sachen disponiren, vermöge ihres Zweckes darf er den allgemeinen Gebrauch nicht beschränken. Dagegen ist der Staat befugt, jede der öffentlichen Eigenschaft angemessene Verfügung zu treffen, oder Veränderung mit der Sache vorzunehmen, sofern er nur hiebei den Zweck zu welchem sie bestimmt ist, nicht aus den Augen verliert. Um dies durch Beispiele zu erläutern: Der Staat darf die Einrichtung eines öffentlichen Gebäudes verändern, ja es abtragen und an dessen Stelle ein anderes, dem Zweck mehr entsprechendes, errichten; er darf die Richtung einer öffentlichen Straße verändern, einen öffentlichen Platz zu öffentlichem Zwecke mit öffentlichen Gebäuden versehen, sofern diese Veränderungen der Bestimmung des Platzes, der Straße nicht hinderlich, vielmehr förderlich sind [78]); er darf einen schiffbaren öffentlichen Fluß behufs der Schifffahrt, Flößerei mit Dämmen, Schleußen versehen, dessen Bett reinigen, Untiefen und sonstige Hindernisse wegräumen, er darf Hafendämme anlegen, verändern, erweitern und dergleichen mehr; — jedoch dies Alles, wie gesagt, unter Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Bestimmung, zu welcher diese Gegenstände vorhanden sind [79]). Was insbe-

78) Man sieht hieraus, daß sogar eine theilweise Veräußerung der öffentlichen Sachen aus öffenltich-rechtlichen Gründen und zu öffentlich-rechtlichen Zwecken für zuläßig erkannt werden muß. Dieß wiederspricht jedoch dem oben Ausgeführten nicht; denn einentheils erfolgt ja diese Veräußerung nicht vermöge einer privatrechtlichen Disposition zu privativen Zwecken des Staats (Fiskus), anderntheils bleibt die Sache in ihrem wesentlichen Bestande unverändert. Wenn z.B. die Richtung einer Landstraße, um eine den Verkehr belästigende Krümmung abzuschneiden, oder eine steile Anhöhe zu umgehen, wie man sagt „corrigirt" wird, bleibt der ganze Straßenzug demungeachtet seinem Wesen nach derselbe.

79) Der Staat hat zwar auch die weitere Befugniß, öffentliche Sachen zu einem andern, als ihrem ursprünglichen bisherigen Zwecke, einzurichten und umzuschaffen, also z. B. ein öffentliches Gebäude ab-

sondere den öffentlichen Gebrauch dieser Sachen von Seiten der Staatsbürger betrifft, so folgt aus dem Staatseigenthum die Befugniß der Regierung, diesen Gebrauch nach öffentlich rechtlichen Grundsätzen zu ordnen, zu beaufsichtigen und zu beschränken[80]. Dem letztgenannten Rechte (der Be-

---

zubrechen und die area in einen öffentlichen Platz zu verwandeln, umgekehrt einen öffentlichen Platz zu überbauen, ferner einen öffentlichen, von Natur nicht schiffbaren Fluß durch künstliche Mittel (Schleußen, Canäle) schiffbar zu machen u. dgl. mehr. Diese Befugniß kann jedoch nicht aus dem Eigenthum des Staats an den öffentlichen Sachen, d. h. dem Dispositionsrechte über dieselben in ihrer bisherigen Eigenschaft, abgeleitet werden, vielmehr ist dieselbe ein Ausfluß der jus eminens (richtiger an Statt dominium eminens) d. h. das Hoheitsrecht des Staats über das Staatsgebiet (der Landeshoheit, Landesherrlichkeit, superioritas territorialis, nach früherem Sprachgebrauche) vermöge dessen derselbe befugt ist, auf seinem Gebiet die zum allgemeinen Besten nöthigen Einrichtungen und Anstalten hervorzurufen — die öffentlichen Sachen erst neu zu schaffen; desselben Rechts, aus welchem das Recht der Expropriation abgeleitet werden muß. Vergl. Maurenbrecher, Grundsätze 2c. §. 60. S. 85. §. 186. Mittermaier, Grundsätze §. 201. am Schluß bei Note 12. Strube, rechtl. Bedenken II. 88. Ausg. v. Spangenberg 2. Bd. S. 469. Maurenbrecher, Lehrb. §. 179. S. 393 oben und §. 221. Moser, v. der Landeshoheit, Cap. 20. §. 2. (bei Hofacker a. a. O. S. 46. Note 4.) ders. Cap. 17. §. 7. S. 205.

80) Der Rechtsgrund dieser sämmtlichen Befugnisse könnte allerdings aus der Staatsgewalt (als Inbegriff der wesentlichen Hoheitsrechte) überhaupt abgeleitet werden, ohne daß es nöthig wäre, hierfür noch einen besondern Rechtstitel in dem öffentlichen Eigenthum zu suchen, wie denn auch der Staat zum Theil ähnliche Befugnisse in Beziehung auf den Gebrauch nicht öffentlicher Gegenstände (z. B. der Privatgewässer, vergl. das oben im I. Abschn. II. Cap. §. 24. 26. Ausgeführte) schon vermöge seiner Hoheitsrechte hat. Allein wenn man das Staatseigenthum nicht zu einem inhaltslosen oder doch blos negativen Recht machen will, so läßt sich nicht absehen, warum diese Befugnisse, in so weit sie dem Staat in Beziehung auf öffentliche Sachen zustehen, nicht (neben jenem allgemeinen Rechtsgrunde) insbesondere auch aus dem Staatseigenthum sollten abgeleitet werden können. Wie letzterer specieller Rechtsgrund in manchfacher Beziehung seinen Einfluß dadurch auch praktisch kund giebt, daß die im Text

schränkung des Gebrauchs der Staatsbürger) liegen zweierlei staatsrechtliche Zwecke zu Grund, nemlich einentheils die Verhütung vor Schaden (Gefahr für Leben, Gesundheit und Eigenthum der Staatsbürger), anderntheils die Wahrung der Gebrauchsrechte der Uebrigen gegenüber von einem Mißbrauch der öffentlichen Sache durch Einzelne [81]).

---

benannten Befugnisse hier (bei den öffentlichen Sachen) eine größere Ausdehnung erhalten, wird aus dem folgenden sich ergeben.

Manche neueren Rechtslehrer erwähnen der fraglichen Befugnisse des Staats nur theils aus Veranlassung der Beschränkungen des Grundeigenthums durch die Polizeigewalt des Staats (vergl. Maurenbrecher, Lehrb. §. 219. Derselbe, Grundsätze, §. 196.), theils aus Veranlassung der Regalien und der denselben entsprechenden Hoheitsrechte. (Derselbe, Lehr. §. 272. — Grundsätze §. 208.) so z. B. die Rechte des Staats in Betreff der öffentlichen Gewässer aus Veranlassung der Wasserpolizei (Maurenbrecher Lehrbuch §. 219. II. IV. Derselbe, Grundsätze §. 196) und des Wasserregals (derselbe, Lehrb. §. 293. — Grundsätze §. 213. a. E.) Das Verhältniß des öffentlichen Eigenthums zu diesen Rechten wird ganz mit Stillschweigen übergangen, so wie überhaupt von den rechtlichen Wirkungen des ersteren bei gedachten Schriftstellern nichts zu lesen ist. vergl. z. B. Maurenbrecher. Lehrb. §. 180. Derselbe, Grundsätze §. 201. — dagegen Mittermaier, Grundſ. d. deutsch. Privat-Rechts. 7. Ausg. §. 222. a. S. 616—619 und das unten Note 83 Bemerkte.

81) Wenn in der einen der im Text angegebenen Richtungen der öffentlich rechtlichen Befugnisse des Staates hinsichtlich der öffentlichen Sachen die polizeiliche Natur dieser Befugnisse mehr hervortritt; so thut sich dagegen in der anderen die rechtliche vorzüglich kund.

Allerdings giebt das öffentliche Eigenthum seiner Natur nach dem Staat ein mehr polizeiliches Recht der Aufsicht, Regelung und Beschränkung der Gebrauchsrechte der Staatsbürger, als ein (ausschließliches) Verfügungsrecht über die Sache, wie dies das Privateigenthum dem Berechtigten verleiht. Dagegen kann es hinwiederum doch nur aus dem Rechte des Staats an die Sache selbst (dem Eigenthum) abgeleitet werden, daß der Staat befugt ist, jeden ausschließlichen oder doch die Benützung der Uebrigen hindernden, so wie jeden dem Zweck, der Bestimmung der betreffenden öffentlichen Sache widerstreitenden Gebrauch, kurz jeden Mißbrauch von Seiten des Einen oder des Andern zu verbieten. Vergl. Mittermaier a. o. Not. 80. angef. O. — Man könnte in dieser Beziehung sagen: das Dispositionsrecht

§. 41. Aus dem bisher Entwickelten wird sich nun die rechtliche Natur der öffentlichen Flüsse als Gegenstände des Staatseigenthums mit ihren nächsten Consequenzen ableiten lassen.

Wir wollen dieselbe zunächst von ihrer negativen Seite und hernach von der positiven betrachten.

In ersterer Beziehung habe ich gezeigt, daß das Eigenthum des Staats an den öffentlichen Sachen ein von dem Privateigenthum wesentlich verschiedenes Recht ist, und zwar hinsichtlich zweier Hauptwirkungen des letzteren, nemlich des Verfügungsrechts über die Sache und als dessen Folge des Veräußerungsrechts einer, und des ausschließlichen Benutzungsrechts andererseits. — Dies auf die öffentlichen Flüsse angewendet ergeben sich uns folgende zwei Regeln:

a) Aus dem Eigenthum des Staats können vorhandene Privatrechte einzelner Staatsbürger in Betreff der Benützung der öffentlichen fließenden Gewässer überhaupt nicht abgeleitet werden, insofern das Staatseigenthum die Befugniß einer privatrechtlichen Verfügung und daher auch einer Veräußerung dem Staate nicht ertheilen konnte.

b) Eben so wenig kann man ein ausschließliches Recht der Staatsgewalt selbst, vermöge dessen dieselbe befugt ist, den Gebrauch der öffentlichen Gewässer sich allein anzueignen oder solchen den Staatsangehörigen nur gegen eine bestimmte Entgeltung (Abgabe, Canon, Concessionsgeld) zu verstatten, auf das öffentliche Eigenthum zurückführen; denn Kraft des Letzteren kann der Staat überhaupt keinen seiner Unterthanen von der natürlichen, dem Zweck der öffentlichen

des Staates über die öffentlichen Sachen ist negativer oder richtiger prohibitiver Natur und macht sich als solches namentlich gegen jeden geltend, welcher sich an denselben ein Privatrecht anmaßen will. Daß übrigens dieses Dispositionsrecht auch seine positive Seite hat, geht schon aus den oben im Text bei Not. 78. bemerkten hervor; freilich kann in dieser Beziehung ein Verfügungsrecht über die Substanz der öffentlichen Sache als Ausfluß des öffentl. Eigenthums nicht zugestanden werden cfr. Not. 79.

fließenden Gewässer entsprechende Benützung ausschließen [82]). Dies ist die negative Seite der öffentlich rechtlichen Natur der zum Staatseigenthum gehörigen fließenden Gewässer.

§. 42. Die positiven Consequenzen aus derselben sind dagegen nach dem oben Ausgeführten im Wesentlichen folgende: dieselben beziehen sich entweder

a) auf das Verfügungsrecht des Staats über die öffentlich fließenden Gewässer, und hiernach hat der letztere insbesondere das Recht die ihrem Zweck entsprechenden Einrichtungen u. s. w. an denselben vorzunehmen (versteht sich unbeschadet ihrer Substanz cfr. Not. 78) oder

b) auf das Recht der Beaufsichtigung, Regelung, Beschränkung des öffentlichen Gebrauchs derselben. Vermöge dieses Rechts, welches sich in den Hauptrichtungen der Staatsgewalt überhaupt (den s. g. wesentlichen Hoheitsrechten) nemlich als gesetzgebende, vollziehende und oberaufsehende Gewalt äußert, kommt es der Regierung zu: [83])

1) Die entsprechenden Verfügungen, allgemeinen gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich der Benützung der öffentlichen fließenden Gewässer zu erlassen. Sie heißen „Ordnungen", „reglemens", und zwar nach der speziellen Wassernutzung, auf welche sie sich beziehen: Mühlordnungen, Schifffahrts-, Floßordnungen, Wässerungs-, Bachordnungen, Fischerordnungen u. s. w. [84])

---

82) Maurenbrecher, Lehrb. §. 179.

83) Insofern die Wirkungen des Staatseigenthums in dieser Beziehung im Wesentlichen die nemlichen sind, wie die der Staatsgewalt überhaupt, so müssen aus letzteren auch dieselben Hoheitsrechte abgeleitet werden. Dies wird weniger auffallend erscheinen, sobald man sich den Begriff des Staatseigenthums klar vergegenwärtigt und bedenkt, daß dasselbe im Grunde dem Privateigenthum wenig analog, vielmehr nichts anderes als ein Ausfluß der Hoheit (souverainität) ist. Vergl. das Note 80. 81. Bemerkte. Auch Funcke, im Archiv für civ. Prax. Bd. 12. S. 283. versteht das Staatseigenthum des röm. Rechts hinsichtlich der öffentlichen Flüsse in diesem Sinne.

84) Maurenbrecher, Lehrbuch, §. 219. S. 470. §. 272. 3. Derselbe, Grundsätze d. Staatsrechts §. 213. Not. a. S. 398. — Mittermaier, Grundf. 7. Aufl. §. 222. S. 615. §. 222. a. Not. 26.

2) diese Verfügungen zu handhaben, Streitigkeiten unter den Staatsangehörigen über die Benützung der öffentlichen Gewässer zu schlichten, Strafen wegen Uebertretung der ad 1 genannten gesetzlichen Vorschriften zu erkennen, — überhaupt die gesammte polizeiliche und richterliche Gewalt hinsichtlich der öffentlichen Gewässer auszuüben [85]), endlich

3) die Benützung der letzteren von Seiten der Unterthanen zu überwachen, von jeder hierauf bezüglichen Handlung zu diesem Behufe Kenntniß zu nehmen, auch solche nöthigenfalls von besonderer Erlaubniß abhängig zu machen, oder den einen und den anderen Gebrauch zu verbieten. [86])

Zweites Kapitel.

Regale Rechte hinsichtlich der öffentlichen Flüsse.

§. 43. Nachdem in dem Bisherigen gezeigt worden ist, wie sich die Rechtsverhältnisse in Betreff der öffentlichen Flüsse gestalten, wenn man solche rein theoretisch aus der Natur der letztern auf öffentliche Sachen ableitet und auf

---

Derselbe im Arch. f. civ. Praxis Bd. 23. S. 161. Ziff. 5. 6. auch S. 145. 146. Lit. L. — Eichhorn, Einleit. §. 266. I. 268. IV.

85) Vergl. die Württ. Instr. für d. Kreisregierungen vom 21. Dec. 1819. RBl. 949. Ziff. 9. — Mittermaier, Grundsätze a. a. O. Maurenbrecher Grunds. a. a. O. Vergl. auch Hofacker a. a. O. S. 107.

86) Die von der Regierung vermöge des Wassereigenthums ertheilte Erlaubniß zu einer gewissen Benutzung heißt Concession; die Befugniß Concessionen zu ertheilen ist ein Ausfluß des Hoheitsrechts der Oberaufsicht (Maurenbr. Staatsrecht §. 178.). Nicht richtig ist es, wenn man letztere Befugniß nur aus der Regalität ableitet, denn sie kann der Regierung, ganz abgesehen von dem Regal, nicht abgesprochen werden, und steht ihr selbst bei nicht öffentlichen Wassern als polizeiliche Befugniß zu, wie weit mehr muß sie ihr bei öffentlichen Flüssen zukommen! Cfr. Mittermaier, Grunds. §. 222. a. S. 619 bei Note 32. Derselbe im Arch. f. civ. Praxis a. a. O. S. 153. wo gezeigt ist, daß in Frankreich die an öffentlichen Flüssen verliehenen Concessionen ihre rein öffentlich-rechtliche Natur beibehalten haben. Vergl. auch Hofacker S. 86. Not. 1. Eichhorn Einleit. §. 268. IV. §. 269. S. 681 unten.

das Bestehende keine Rücksicht nimmt; wollen wir jetzt den Rechtszustand, wie er positiv vorliegt, ins Auge fassen. und hienach untersuchen, in wieweit die Theorie mit der Praxis in Einklang zu bringen, in wieweit die erstere durch letztere als modificirt zu betrachten ist.

Es wurde schon oben bemerkt, daß die Rechtsverhältnisse, wo sie factisch bestehen, den öffentlich-rechtlichen Prinzipien, die wir soeben entwickelt haben, widerstreiten. Demungeachtet haben wir gesehen, daß nach der Ansicht der neuesten deutschen Rechtslehrer sowohl, als nach dem Ausspruch neuerer Gesetzgebungen, jener Verhältnisse ungeachtet, die Existenz von öffentlichen Flüssen in dem bisher von uns angenommenen Sinne (d. h. als res publicae nach römisch-rechtlichem Begriffe) nicht in Abrede gezogen werden kann. Es muß demnach dem bestehenden Rechte eine Seite abgewonnen werden können, von welcher aus betrachtet jener Widerspruch wenigstens nicht als ein absoluter sich darstellt, und dies kann auf keine andere Weise geschehen, als dadurch, daß man die stricten Consequenzen aus dem Prinzip, auf welchem die bestehenden Rechtsverhältnisse theilweise beruhen (— die Folgen des Regalitäts-Prinzips), in soweit moderirt, als dies nothwendig ist, damit die Consequenzen aus der Natur der Flüsse als öffentliche Sachen, und mit ihnen diese rechtliche Eigenschaft selbst, nicht aufgehoben werden.

Fassen wir zunächst wieder die beiden negativen Folgen aus dem öffentlichen Eigenthum ins Auge, nemlich daß dasselbe kein absolutes Verfügungs-, kein Veräußerungsrecht, und kein ausschließliches Nutzungsrecht giebt, und halten wir hiemit die beiden hauptsächlichsten Wirkungen der Regalität zusammen, welche darin bestehen, daß die Regalien veräußerliche, an Dritte übertragbare Rechte, daß sie ausschließliche Nutzungsrechte der Regierungen sind; — so scheint uns allerdings ein unauflöslicher Widerspruch vorzuliegen, — und es ist nicht zu wundern, daß noch gegenwärtig in dieser Lehre so viele Unklarheit, so manches Widersprechende bei unsern Germanisten sich findet; denn es ist

die Frage: wie reimt sich dieses Beides? soviel uns bekannt, noch von keinem befriedigend beantwortet worden.

§. 44. Zunächst sollte darüber am wenigsten Zweifel obwalten, daß die kaumgedachten aus der Regalität fließenden Rechte des Staats, nemlich das Recht der ausschließenden Benützung und das Recht der Verleihung von Nutzungsrechten als privatrechtliche Befugnisse, unter privatrechtlichem, onerosem Titel, da wo diese Rechte in Beziehung auf öffentliche fließende Gewässer vorkommen, kein Ausfluß des öffentlichen Eigenthums seyn können. Daß bemungeachtet viele ältere Schriftsteller dies annehmen, hat, wie schon oben bemerkt wurde, in einer Begriffsverwechslung zwischen dem Staatseigenthum im Sinne des römischen Rechts und dem Staatsvermögen (Eigenthum der moralischen Person des Staats, patrimonium, proprietas principis), welch letzteres ein wahres Privateigenthum ist, sowie in der irrigen Meinung seinen Grund, daß die öffentlichen Flüsse nach römischem wie nach deutschem Rechte zu dem Domanialbesitze des Staatsoberhaupts gehören.[87]) Dies ist weniger zu verwundern, als daß selbst neuere Schriftsteller, obwohl heut zu Tage der Begriff des Staatseigenthums genau festgestellt ist, da wo sie von dem Rechte des Staats in Beziehung auf die öffentlichen fließenden Gewässer handeln, manche Behauptungen aufstellen und Ansichten der älteren Schule festhalten, welche offenbar nnr auf jener irrigen Theorie beruhen können. So sagt z. B. Eichhorn[88]): es müsse jedes Wasser für ein öffentliches gehalten werden, über dessen Benützung der Staat bisher verfügt habe, und beruft sich hiebei auf v. Bülow und Hagemann praktische Erörterungen[89]), welch' letztere (ohnehin der älteren Schule angehörige) Schrift-

87) Vergl. oben §. 32. Sogar Maurenbrecher führt in seinen Grundsätzen des deutschen Staatsrechts (1836) noch öffentliche Flüsse, Landstraßen und Domänen unter derselben Kategorie auf. §. 201. S. 367.

88) Eichhorn, Einleit. §. 268. II.

89) Bd. 1. Nr. 3. §. 2. S. 52. — Nr. 4. S. 62. Not. d.

steller an dem von Eichhorn angeführten Orte es als ein Kriterium der öffentlich-rechtlichen Natur eines fließenden Gewässers erklären, wenn der Staat dasselbe zu seinen Zwecken gebraucht, und aus diesem Grunde auch kleine Bäche für öffentliche Gewässer halten, wenn sie zum Betriebe landesherrlicher Gruben-, Hütten- und Hammerwerke, also zu einem rein fiskalischen Zwecke benützt werden [90]; ein deutlicher Beweis, daß sie Privateigenthum des Staats und öffentliches Eigenthum verwechseln. Ueberhaupt beweist schon die Stellung, welche die meisten der neueren Theoretiker der Lehre von dem Staatseigenthum der fließenden Gewässer in ihrem Systeme geben, daß sie über die rechtliche Natur des letzteren sich noch nicht ganz klar geworden sind, und daß sie sich von dem ältern Vorurtheile, wonach das Staatseigenthum die Quelle der Wasserregalien an öffentlichen Flüssen sein soll, nicht ganz frei gemacht haben. Anstatt nemlich über die öffentlichen Flüsse im Eingange vom Sachenrecht bei der Eintheilung der Sachen zu reden, wie dies die Lehrbücher des römischen Rechts thun [91] und wie dies von den Germanisten meines Wissens bis jetzt allein Maurenbrecher [92] gethan hat, handeln sie von diesem Gegenstande lediglich aus Veranlassung der Wasserregalien, so daß es nicht zu wundern ist, wenn der Leser in Versuchung kommt, zwischen diesen Rechten und dem Eigenthum

---

90) Dies ist früher auch dem Verf. entgangen, sofern er a. o. Not. 77 a. O. S. 22. 23—35. 36. die von Hagemann und Eichhorn angeführte Benützung zu (finanziellen) Staatszwecken unter den Kriterien der öffentlichen Natur des Flusses anführt. Offenbar muß ein solcher Gebrauch gerade das Gegentheil dieser Eigenschaft, nemlich die domaniale Natur beweisen; solche Bäche sind nicht im öffentlichen Eigenthum des Staats, vielmehr im Privateigenthum des Fiskus, der Finanzverwaltung.

91) Vergl. z. B. Mühlenbruch Pandekten, II. Th. §. 218. Mackeldey, Lehrb. 8. Ausg. §. 146. 157.

92) Maurenbrecher, Lehrb. §. 179. 180.

des Staats an den Gewässern einen Causalzusammenhang zu vermuthen. [93])

§. 45. Aus dem letztgedachten Umstande, d. h. daraus, daß unsere Germanisten die Lehre von dem Staatseigenthum der Flüsse bei der Lehre vom Wasserregal abhandeln, scheint mir aber noch weiter hervorzugehen, daß auch über den Begriff der Regalrechte keine rechte Klarheit herrscht, und dies mag wohl der zweite Grund seyn, aus welchem die Wirkung der letzteren und die des öffentlichen Eigenthums in Beziehung auf die Rechte an den fließenden Gewässern confundirt, daher auch ihr gegenseitiges Verhältniß nicht ins Klare gebracht wird.

Wir müssen daher auch auf das Institut der Regalität, in soweit es hieher gehört, etwas näher eingehen. Die allgemeinste Definition von Regalien ist die: daß sie ausschließliche nutzbare Rechte sind, welche zwar zunächst und ursprünglich, aber nicht nothwendig den Regierungen zustehen und daher auch von denselben an Privaten veräußert werden können. [94]) Von den verschiedenen Arten der Regalien [95]) gehört nur eine Art hieher, nemlich die

---

93) Vergl. z. B. Eichhorn, Einleit. §. 265. ff. — Mittermaier, Grundſ. §. 222. ff. und das hierüber von Maurenbrecher §. 259. Not. 4. S. 581 Bemerkte. Auch die Stellung, welche Reyscher, Württ. Priv. R. 1. Bd. §. 248, der gesammten Lehre vom Wasserrecht giebt, ist nicht zu billigen, selbst wenn man mit seinem Begriff von deutschen Realrechten sich einverstanden erklären wollte. Cfr. hierüber Maurenbr. Lehrb. §. 347. u. Not. 10. S. 772.

94) Vergl. Maurenbrecher, Lehrb. §. 269. Ueber die Geschichte des Begriffs der Regalien vergl. Hüllmann, Not. 74. cit. S. 5—21. und über die (antiquirte) Unterscheidung zwischen wesentlichen und zufälligen Regalien, reg. majora et minora etc. vergl. oben §. 29. auch Hofacker §. 9. S. 29 — 31. und die daselbst angef. Schriftsteller. Mittermaier, Grundſ. §. 202. S. 568.

95) Die Regalien beziehen sich entweder I. auf bestimmte Nutzungen des Grundes und Bodens (im weitesten Sinne) und zwar 1) des Grundes und Bodens, welcher im öffentlichen Eigenthum ist, und dessen Gebrauch und Nutzung daher der Natur der Sache nach jedermann freistehen sollte; in dieser Beziehung sind sie

regalen Nutzungsrechte an Grund und Boden, welcher im öffentlichen Eigenthum sich befindet. Zu dieser Kategorie gehören nemlich insbesondere die Wasserregalien, in sofern sie den Regierungen oder den belehnten Privaten in Beziehung auf öffentliche Flüsse zukommen. Wenn demnach von regalen Rechten an öffentlichen Flüssen die Rede ist, so muß man den Begriff der ersteren so definiren: sie sind Rechte, welche an sich und in Gemäßheit der rechtlichen Natur ihres Objects dem Gemeingebrauche anheimfallen sollten, aber aus besondern historischen Gründen ausschließlich den Regierungen zustehen, welche dieselben insbesondere dadurch sich nutzbar machen, daß sie deren Ausübung an Privaten gegen Abgaben oder gegen sonstige Vortheile verleihen. [96])

---

also Beschränkungen des allgemeinen Gebrauchs. Hieher gehören: a) die s. g. Wasserregalien, in sofern sie an öffentlichen Wassern vorkommen, und zwar α) das Schifffahrts- (Floß-) Regal, β) das Mühlenregal, γ) das Brückenregal. — b) Das Fischregal in Beziehung auf öffentliche Flüsse. 2) Des Grundes und Bodens, welcher im Privateigenthum ist, daher diese Nutzungen der Natur der Sache nach der Ausfluß des Eigenthums seyn sollten. Hieher gehören a) Jagd- und Fischereiregal (letzteres in privaten Gewässern), b) Berg- und Salzregal, c) Landstraßenregal, d) Deichregal. Oder sie beziehen sich II. auf die Ausübung bestimmter Gewerbe. Hieher sind zu zählen 1) das Postregal, 2) das Münzregal, 3) das Lotterie-, 4) das Branntweinregal. — Cfr. Maurenbrecher, Staatsrecht §. 209—219. Ueber den Begriff der Regalien im Allg. vergl. auch Mittermaier, Grundſ. §. 202.

96) Man sieht deutlich, daß mit Definitionen, wie sie sich z. B. bei Eichhorn, Einl. §. 266. finden, die Sache nicht ins Klare gesetzt werden kann; denn es ist unmöglich, die sämmtlichen so verschiedenartigen Regalrechte unter einen Begriff zu bringen, wenn solcher nicht wie oben bei Note 94 geschehen, ganz allgemein gefaßt wird. Damit ist dann aber für unsern Zweck noch nichts gethan. — Als Beschränkungen des Eigenthums dürfen die Regalien nur da, wo sie auf privativem Grund und Boden vorkommen, und auch hier nur in staatsrechtlicher nicht aber in privatrechtlicher Beziehung aufgefaßt werden. Cfr. Maurenbrecher, Staatsrecht §. 206. und Lehrbuch §. 269. Not. 4. S. 581.

Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, daß die regalen Nutzungsrechte an öffentlichen Flüssen zwar wesentlich aus dem Begriffe dieser letzteren als öffentliche Sachen erklärt werden müssen, aber nur nicht als natürliche Consequenzen dieses Begriffs, vielmehr als conträre Gegensätze dieser Consequenzen. Weil nemlich diese Rechte der Natur der Sache nach nicht den Regierungen zustehen, vielmehr, wie überhaupt alle und jede Benutzung der öffentlichen Gewässer, dem Publicum anheimfallen würden; so bedurfte es des zufälligen (historischen) Rechtsgrundes, der Regalität, um solche zu ausschließlichen Rechten der Regierungen zu machen. [97])

§. 46. Wir wollen versuchen, wie wir oben die öffentlichen Flüsse als Gegenstände des Staatseigenthums betrachtet und die hieraus fließenden Folgesätze in negativer wie in positiver Hinsicht in Erwägung gezogen haben; so jetzt auf ähnliche Weise dieselben als Gegenstände der regalen Rechte des Staats ins Auge zu fassen, und die hieraus abzuleitenden negativen wie positiven Consequeuzen darzulegen.

Der obigen Begriffsbestimmung der Regalrechte im Allgemeinen und der Wasserregalien in specie zu Folge sind dieselben keine Rechte, welche den Regierungen als solchen zustehen, d. h. welche entweder in der Staatsgewalt überhaupt, oder in dem Staatseigenthum der Gewässer insbesondere enthalten sind [98]), und haben die letzteren Rechts-

---

97) Maurenbrecher, Lehrb. §. 180. Not. 4. §. 293. bei Not. 2. und besonders §. 280, wo er auf obiges Sachverhältniß aus Veranlassung des Fischregals aufmerksam macht. Um so weniger darf man daher, wenn auch nur im Hinblick auf die historische Entstehung dieser regalen Rechte, — die aus dem öffentlichen Eigenthum abzuleitenden Befugnisse des Staats mit den regalen Rechten desselben confundiren; und hiernach ist das in meiner o. a. Schrift S. 61—64 in der Note Ausgeführte wesentlich zu berichtigen. Vergl. auch das oben Note 79 Bemerkte.

98) Man vergl. das Not. 80 u. 83 Bemerkte und Maurenbrecher Lehrb. §. 271. 272.

befugnisse, in sofern sie auf einem wesentlich verschiedenen Fundamente beruhen, mit jenen regalen Rechten nichts gemein.

Hienach ergeben sich aus der rechtlichen Natur der Wasserregalien in negativer Hinsicht folgende zwei Regeln:

1) Da der Staat vermöge des Wasserregals offenbar einem Privaten ein weiteres Recht nicht einräumen kann, als welches in diesem Regal begriffen ist; so kann derselbe mittelst Belehnung mit einer regalen Wassergerechtigkeit auch unmöglich die soeben genannten, ihm vermöge der Staatsgewalt überhaupt oder des öffentlichen Eigenthums am Wasser insbesondere zustehenden Rechte (welche oben §. 42. aufgezählt wurden) auf den Belehnten übertragen, und ebensowenig kann

2) angenommen werden, daß er in Folge der Verleihung der Wassergerechtigkeit zu Gunsten des Belehnten auf das eine oder das andere jener Rechte verzichtet habe.

§. 47. Sehen wir nun auch, welche positiven Consequenzen sich aus der rechtlichen Natur der Regalrechte an öffentlichen Flüssen ableiten lassen!

Wir haben als wesentliche Merkmale der Regalrechte im Allgemeinen erkannt, daß sie nutzbare Rechte, daß sie zunächst und ursprünglich Rechte der Regierungen sind, daß sie von letzteren aber veräußert, an Privaten übertragen werden können; — wir haben ferner als besonderes Merkmal der Wasserregalien in Beziehung auf öffentliche Flüsse gefunden, daß sie die Regierung zu Beschränkung des Gemeingebrauchs berechtigen, zu welcher dieselbe sonst nicht berechtigt seyn würde. Aus diesen Merkmalen werden sich nun eben so viele Regeln entnehmen lassen:

A. Nutzbarkeit. Der Umfang eines jeden einzelnen Regals wird durch den speciellen Nutzen, welcher durch dasselbe der Regierung zugewendet werden soll, bestimmt.

Dies ergiebt sich schon aus dem Zweck dieser Rechte, welcher darin besteht, der Regierung einen finanziellen Vortheil zuzuwenden, weshalb sie von den neueren Staatsrechtslehrern auch Finanzregalien genannt werden [98a]. Dem zu Folge geht das durch das Regal begründete Recht nicht weiter, als dieser Nutzungszweck, also z. B. das Jagdregal nur auf Benutzung des Grundes und Bodens Behufs der Jagd, das Fischregal nicht weiter, als auf Benutzung des Wassers zur Fischerei, die Wasserregalien nur auf Benutzung des Wassers zu den durch jedes einzelne derselben bestimmten Zwecken: also das Schifffahrtsregal nur auf Benutzung zur Schifffahrt, das Mühlregal nur auf Benutzung zum Mühlenbetrieb u. s. f. Es giebt somit jedes einzelne Regal kein allgemeines Recht an den Gegenstand (das Object) desselben, kein allgemeines Gebrauchsrecht, vielmehr nur ein ganz spezielles Recht in Beziehung auf einen gewissen mittelst des Gegenstandes zu erzielenden Nutzen, ein Recht auf einen einzelnen Gebrauch des Rechtsobjects [99].

§. 48. B. Die Regalien sind zunächst und ursprünglich Rechte der Regierungen [100]. Sie können zwar von letzteren, wie wir aus der zunächst folgenden Regel (C) se-

---

98a) Maurenbrecher, Staatsr. §. 206. Derselbe, Lehrbuch, §. 269. Not. 5. Hüllmann, a. a. O. S. 19. 20.

99) Maurenbrecher, Lehrbuch. §. 271.

100) Ursprünglich waren „regalia, — quae regis sunt“ besondere Rechte, welche die fränkischen (merovingischen und carolingischen) und deutschen Kaiser („reges“) ihrer Souverainetät beilegten, von diesen wurden dieselben erst den deutschen Landesherrn durch Schenkungen oder Belehnungen abgetreten, vgl. Maurenbrecher, Staatsrecht. §. 206. Not. c. S. 384. 385. Hüllmann, a. a. O. S. 6. 7. Maurenbrecher, Lehrbuch. §. 275. Mittermaier, Grundsätze. §. 200., welche letztere (Landesherrn) aus diesem Grunde auch stets hinsichtlich der Regalien von der Bewilligung und Controle der Landstände unabhängig geblieben sind. Vgl. Hüllmann, a. a. O. S. 20. Maurenbrecher, Staatsrecht. a. a. O. und oben §. 39.

hen werden, an Privaten durch Verleihung abgetreten werden; sie sind und bleiben aber auch dann ihrem Fundamente nach Rechte der Regierungen. Dies ist nicht etwa eine bloße Fiction, vielmehr ist es von praktischer Wichtigkeit, daß die Einzelnen die verliehenen Gerechtigkeiten nicht aus eigener Machtvollkommenheit, sondern nur als die Stellvertreter der Staatsregierung ausüben, daß das Recht seiner Substanz nach bei der letzteren bleibt, der Belehnte aber nur die Befugniß erhält, dasselbe auszuüben [101]. Die Folgen dieses Grundsatzes sind insbesondere:

a) Der Regierung bleiben gewisse besondere Befugnisse in Beziehung auf die verliehene Ausübung ihres Rechts, nämlich das Rückfallsrecht, d. h. das Recht der Wiedereinziehung des Regals für den Fall des Erlöschens des Privilegiums, und das Caducitätsrecht, d. h. das Recht die Concession zu widerrufen, wenn der Beliehene sie mißbrauchen sollte [102].

b) Das Staatsrecht ist die ausschließliche Entscheidungsquelle über den Umfang dieser Rechte (cfr. ad. A.), und Privatwillkür von ihnen gänzlich ausgeschlossen. Hierüber geben meist die betreffenden allgemeinen Gesetze die Vorschriften an die Hand (Jagd-, Berg-, Wasser-, Mühl-Ordnungen u. s. w.), an welche der Beliehene

---

101) Maurenbrecher, Staatsrecht. §. 108. 1. 2. Derselbe, Lehrb. §. 271. 272. Zur Erläuterung dieses Verhältnisses mag dienen, daß die ursprüngliche Form der Verleihung regaler Rechte die Belehnung war, bei welcher das dominium directum dem Lehensherrn verblieb, und nur das dominium utile auf den Belehnten überging. Maurenbrecher, Lehrb. §. 270. Not. 4. S. 583. Derselbe, Staatsr. §. 208. Not. o. — Vgl. auch Hofacker, a. a. O. S. 31. 32. Theilweise a. M. ist Mittermaier, Grundsätze. §. 203. S. 572. Not. 20.

102) Maurenbrecher, Lehrb. §. 272. Derselbe, Staatsr. §. 208. 2. a. b. insbesondere Not. c. Hofacker, a. a. O. s. zwar hiegegen Mittermaier, Grunds. §. 203. Not. 20. 36.

einerseits gebunden bleibt, andererseits aber auch alle Rechte anzusprechen hat, welche dieselben aussprechen [103]).

c) Die Regierung hat durch die Verleihung der Ausübung ihres Regalrechts auf ihre aus der Souverainetät fließenden Rechte, namentlich also auf die gesetzgebende, vollziehende und oberaufsehende Gewalt hinsichtlich des verliehenen Rechts nicht verzichtet, vielmehr bleibt der Beliehene diesen Hoheitsrechten unterworfen, welche den betreffenden regalen Berechtigungen entsprechende Benennungen erhalten haben, und wegen des besonderen Interesses, das die Regierung für die Regalien haben muß, hier umfassender, als in den gewöhnlichen Fällen sind (z. B. die Jagd-, Berg-Hoheit, Wasser-, Mühlen-Hoheit u. s. w.) [104]).

§. 49. C. Veräußerlichkeit. So gewiß die Regalien zu Folge ihrer geschichtlichen Entstehung ihrem rechtlichen Fundamente nach Rechte der Regierungen sind, und überall der Substanz nach solche bleiben; so gewiß können sie hinsichtlich der Ausübung an Einzelne (Privaten) verliehen werden. Diese Regel wird nicht nur factisch seit dem Bestehen dieser Rechte durch die Erfahrung bestätigt [105]), sondern sie ergiebt sich auch aus der Natur derselben, vermöge welcher sie einerseits keine Rechte sind, welche nothwendig in den Händen der Staatsgewalt sich befinden müssen [106]), andererseits einen finanziellen Zweck haben, der bei der Mehr-

---

103) Maurenbrecher, Staatsr. a. a. O. Not. b. Derselbe, Lehrb. §. 271. Not. 2. Eichhorn, Einleit. §. 266. I. Mittermaier, Grundsätze. §. 202. Ziff. 2. §. 203. bei Not. 21.

104) Maurenbrecher, Lehrb. §. 272. Ders. Staatsr. §. 208. Not. e. Mittermaier, Grundsätze. §. 202. S. 590. Note. 8. 9. §. 203 bei Note 21. Derselbe im Archiv für civ. Praxis a. a. O. S. 162. III. t.

105) Maurenbrecher, Lehrb. §. 270. bei Not. 2. Derselbe, Staatsr. §. 207. Not. b. — Mittermaier, Grundsf. §. 202.

106) Mittermaier, Grundsf. §. 203. i. A. Maurenbrecher, Staatsr. §. 206. Ders. Lehrb. §. 269.

zahl derselben durch Verleihung der Ausübung gegen Entrichtung von Abgaben am besten sich erreichen läßt [107]).

Die Veräußerung geschieht mittelst Verleihung der Ausübung (auch „Concession" genannt, jedoch weder mit einer gewerblichen noch sonstigen polizeilichen z. B. wasserpolizeilichen, oder aus dem öffentlichen Eigenthum fließenden Concession, wie z. B. bei öffentlichen Flüssen rc. oben Not. 86. zu verwechseln [108])), ursprünglich in der Form der Leihe nach Lehenrecht, später unter den verschiedensten privatrechtlichen Titeln (z. B. durch Schenkung, Kauf, Erbpacht u. s. w.) [109]). Dieser Erwerbungsart wird die Erwerbung durch unvordenklichen Besitz allgemein gleich geachtet, ja sie ist eine der häufigsten Erwerbungsarten regaler Gerechtigkeiten [110]).

Die verliehenen Nutzungsrechte, welche „Gerechtigkeiten" [111]) heißen, haben für den Beliehenen folgende hauptsächlichen Wirkungen:

a) Die regalen Gerechtigkeiten sind als solche Privatrechte und Gegenstände des Privatverkehrs; sie können verkauft, vertauscht, vererbt — überhaupt durch jeden lucra-

---

107) Maurenbrecher, Staatsr. §. 200. 207. Not. b. Ders. Lehrb. §. 269. 5. Darüber, daß einzelne Regalien ihrem historischen Ursprung nach überhaupt Abgabenrechte waren, vergleiche man Eichhorn, Staats- u. Rechtsgeschichte. II. §. 362. Anm. S. 692. 693. auch oben §. 35. 39.

108) Vgl. hierüber Hofacker, a. a. O. S. 86. 87. Maurenbrecher, Lehrb. §. 296. S. 637. Eichhorn, Einl. §. 270.

109) Mittermaier, Grundſ. §. 203. Not. 4. Maurenb. Lehrb. §. 270. bei Not. 4. Hofacker, a. a. O. S. 32. 87. Mittermaier, im Arch. f. civ. Prax. Bd. 23. S. 151.

110) Vgl. Thibaut, Besitz u. Verjährung. §. 75. Maurenb., Staatsr. §. 207. Not. b. Derselbe, Lehrb. §. 270. Eichhorn, Einleit. §. 267. b. — Hofacker, a. a. O. S. 31. — Vgl. auch oben Not. 74. u. Mittermaier, Grundſ. §. 203. Ziff. 4. S. 573.

111) Maurenbrecher, Lehrb. §. 269. Not. 3.

tiven oder onerosen Titel von Privaten und an Privaten erworben und veräußert werden [112]).

b) Der Beliehene erhält ein dingliches Recht an dem Gegenstande der Gerechtigkeit, welches er gegen jeden dritten, ja gegen die Regierung selbst sowohl mit dinglichen Klagen, als auch mit possessorischen Rechtsmitteln verfolgen kann [113]).

c) Der Regierung gegenüber kann der Beliehene insbesondere verlangen, daß er bei der verliehenen Ausübung des Regals erhalten, nöthigenfalls geschützt werde, er ist aber auch verpflichtet, die Bedingungen der Concession streng einzuhalten, z. B. die Abgaben zu entrichten [114]).

d) Im Uebrigen gelten hinsichtlich der Erwerbung und des Verlustes der regalen Gerechtigkeiten die Grundsätze von den Privilegien [115]), welche namentlich in dem Falle oft wichtig werden, wenn die Auslegung des Verleihungsvertrags verschiedene Deutungen zuläßt, oder sonst der Umfang der verliehenen Gerechtigkeit zweifelhaft ist. In dieser Beziehung führen die Lehenrechtslehrer [116]) folgende Regeln an:

α) Ein Mitausübungsrecht (jus concurrendi in

---

112) Ebend. §. 269. Not. 4, 270. Not. 2. u. a. E. f. Maurenb., Staatsr. §. 207. Not. b. Mittermaier, Grundſ. §. 203 bei Not. 5. 10. Derſ. im Arch. f. civ. Prax. Bd. 23. S. 163. D. — Ebend. S. 148. 3. — Zu weit geht meine o. a. Schrift S. 128 wenn sie nicht zugeben will, daß man die regalen Gerechtigkeiten im strengen und eigentlichen Sinne zu den Privatrechten zählen dürfe.

113) Maurenbrecher, Lehrb. §. 271. 273. Mittermaier, Grundsätze. a. a. O. bei Not. 10. 11—14. 33. und im Arch. für civ. Praxis. a. a. O. S. S. 148. 3. 151. 3.

114) Maurenbrecher, Lehrb. §. 272. Not. 2. und Ziff. 2. Derselbe, Staatsrecht. §. 208. Ziff. 5. und 4.

115) Maurenbrecher. §. 270. Not. 5. 271. Not. 2. Derselbe, Staatsrecht. §. 208. — A. M. ist Mittermaier, Grundsätze. §. 203.

116) Vgl. G. L. Böhmer, Principia jur. feud. §. 64; u. Schnaubert's Commentar hierzu. §. 63 ff. S. 142 u. f. w. Eichhorn, Einleitung. §. 266. III.

exercitio) der Regierung, welche die Gerechtigkeit verliehen hat, darf niemals vermuthet werden, wenn dasselbe nicht ausdrücklich vorbehalten wurde, oder nach Gesetz oder Herkommen positiv begründet ist [117]. Hier gilt der Grundsatz, daß bei einer unbedingten Verleihung ein Vorbehalt nicht vermuthet werden darf, vielmehr der Verleihende, wenn er einen solchen hätte machen wollen, sich deutlicher hätte aussprechen sollen.

β) Uebrigens sind solche Verleihungen, gleich den Privilegien streng zu interpretiren [118]. Hieraus werden insbesondere zwei Regeln abgeleitet:

aa) Wo ein Regal verschiedene Gattungen (species, Grade, Abstufungen) hat, wird stets vermuthet, daß nur die niedrigste Gattung verliehen worden sey, wenn nicht der ganz allgemeine (alle Gattungen umfassende) Wortlaut der Verleihung hierüber keinen Zweifel übrig läßt [119].

---

117) Böhmer, l. c. Schnaubert, §. 143. 144. Eichhorn, a. a. O. Mittermaier, Grundsätze. §. 203. Ziff. 6. Maurenbrecher, Lehrbuch. §. 372 und Not. 4. Derselbe, Staatsrecht. §. 208. c. — Hofacker, a. a. O. S. 64. Not. 4. confundirt die Mitausübung und den Fall, wo ein Regal mehrere species hat; zu welcher Verwechslung die angeführte Stelle bei Eichhorn allerdings Veranlassung giebt, nur sollte Hofacker, der hier offenbar im Irrthume ist, und den alleg. Schriftsteller (Schnaubert) mißversteht, nicht behaupten, daß meine Schrift über die Conflicte zwischen der Flößerei und den Mühlenberechtigten, Stuttg. 1844. S. 78—81, absichtlich unvollständig citirt habe. Die letztere hat nämlich allerdings absichtlich a. dem a. O. die im Text sub. lit. α. angeführte Regel nicht berührt, sich jedoch hierdurch eines unvollständigen Citats nicht schuldig gemacht, sofern von einem Mitausübungsrecht des Staats dort überhaupt nicht die Rede war. Vgl. Maurenbrecher, Staatsrecht, a. a. O. Not. d.

118) Böhmer, l. c. Schnaubert, a. a. O. S. 144. 145. Hofacker, a. a. O. S. 32. 62.

119) Böhmer, l. c. Ziff. 2. Schnaubert, a. a. O. S. 146. Eichhorn, Einleitung. a. a. O. der jedoch, wie schon oben Not. 117. bemerkt wurde, diese Regel mit der im Text ad. α. angeführten zusammenwirft, und hierdurch Verwirrung in die Sache bringt.

bb) Die Verleihung der einen Regalgerechtigkeit begründet keinen Schluß auf die Verleihung einer anderen (der ersteren verwandten, mit ihr in Verbindung stehenden) — a concessione unius regalis non ad alterum valet consequentia [120]).

§. 50. Dies sind die Regeln, welche für alle Regalrechte gleichmäßig, und daher auch für die Regalrechte an öffentlichen Flüssen gelten. Bei letzteren kommt jedoch noch insbesondere ihre specielle Natur in Betracht, vermöge deren sie Befugnisse sind, die den gemeinen, freien Gebrauch einer öffentlichen Sache beschränken. Es ist daher in letzterer Beziehung

D. eine weitere Regel hier aufzuführen:

Die Regalrechte, welche sich auf den Gebrauch der öffentlichen Flüsse beziehen, widerstreiten als solche der natürlich-rechtlichen Eigenschaft dieser Gegenstände, wie wir schon oben §. 45. bei Not. 97. gesehen haben. Sie können demnach nicht als natürliche Gebrauchsrechte des Staats betrachtet werden, denn sie fließen nicht aus dem öffentlichen Eigenthum, welch' letzteres nur einen öffentlichen, allgemeinen Gebrauch begründet [121]). Vielmehr ist der Rechtsgrund derselben ein historischer, zufälliger. Es sind daher die regalen Befugnisse des Staates in Beziehung auf den Gebrauch der öffentlichen Gewässer als Ausnahmen zu betrachten, und gilt hier der Satz: daß Ausnahmen auf die Fälle zu beschränken sind, für welche sie gegeben wurden

---

A. M. ist hier wieder Mittermaier, a. a. O., welcher diese Regel restringiren will; richtig ist die Bemerkung, daß darauf zu sehen ist, ob zu der Zeit, als der Privatmann sein Recht erwarb, bereits im Lande die Abstufungen vorkamen.

120) Böhmer, l. c. Ziff. 3. Schnaubert, a. a. O. S. 145.

121) Maurenbrecher, Lehrbuch. §. 271. 293. Not. 2. S. 626. und §. 180. Not. 4. ist der erste, welcher hierauf aufmerksam gemacht hat. Bei Eichhorn, Einl. §. 268. sind die Folgen der Regalität und die des Eigenthums noch nicht gehörig auseinander gehalten.

(exceptio firmat regulam in casibus non exceptis)[122]. Die natürlichen Folgen aus der Eigenschaft der öffentlichen Flüsse als res publicae, res extra commercium, wie sie oben angegeben wurden, bilden das regelmäßige, die Folgen aus der Regalität das anomalische Recht, jene das jus commune, diese das jus singulare[123]. Es gelten demnach in Beziehung auf die regalen Wasserrechte an öffentlichen Flüssen die Grundsätze, welche über Rechtssingularitäten überhaupt bestehen, und zwar gleichviel, ob diese Rechte (als regale Gerechtigkeiten) in den Händen Einzelner, oder ob sie noch im Besitz der Staatsgewalt sind[124]. Dieser allgemeine Grundsatz mag durch folgende specielle Regeln anschaulich gemacht werden:

1) Die regalen Wasserrechte an öffentlichen Flüssen dürfen nicht als natürliche, aus dem Eigenthum fließende Nutzungsrechte betrachtet, und daher darf, was in Beziehung auf diese gilt, nicht auf jene angewendet werden[125], insbesondere läßt sich

---

122) Diese Consequenz aus den Grundsätzen über Regalität und öffentliches Eigenthum wird von den Germanisten nicht genügend hervorgehoben. cfr. Mühlenbruch, Pandecten, 1. Bd. §. 62. Not. 11.

123) Ueber den richtigen Begriff von jus singulare und privilegium im Sinne des römischen Rechts vgl. man Mühlenbruch, a. a. O. §. 49., besonders aber Savigny, System. Bd. 1. §. 16. S. 61–66. — L. 16. D. de LL. (1. 3.) Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

124) L. 14. D. de LL. (1. 3.) Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. — L. 39. eod. Quod non ratione introductum, sed errore primum deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. — L. 162. D. de R. J. (50. 17.) Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi. L. 141. eod. L. 23. §. 2. D. de fideicomm. lib. (40. 5.) — Mühlenbruch, a. a. O. §. 64. Not. 11. §. 82. Not. 2. Thibaut, System. 7. Aufl. 1. Thl. §. 49.

125) Maurenbrecher, Lehrb. §. 180. Not. 4. §. 293. Not. 2.

2) aus dem Besitz eines oder des anderen jener Nutzungsrechte nicht eine weitere (aus dem Eigenthum fließende) Befugniß, z. B. ein Dispositionsrecht über den Gebrauch des Wassers zu einem anderen Zwecke ableiten;

3) der Grundsatz, welcher schon oben bei der ersten Regel (ad. A.) aus der Eigenschaft der Regalrechte als nutzbare Rechte abgeleitet wurde: daß nemlich jedes dieser Rechte kein allgemeines Recht an den Gegenstand, — ja nicht einmal ein allgemeines Gebrauchsrecht, vielmehr nur ein ganz bestimmtes Recht auf einen speciellen Gebrauch des Gegenstandes gebe, dieser Grundsatz folgt noch in weit höherem Grade für die regalen Wasserrechte an öffentlichen Flüssen aus der Regel, nach welcher dieselben, als ausschließliche Nutzungsrechte an einer zum allgemeinen öffentlichen Gebrauch bestimmten Sache, singuläre Rechte (Privilegien im römisch-rechtlichen Sinne) sind. Wenn daher

4) diese Rechte als ausschließliche Nutzungsrechte bezeichnet werden, so ist dies nicht so zu verstehen, als ob dieselben den Berechtigten die Befugniß einräumten, allen und jeden Gebrauch der Sache (des öffentlichen Wassers) sich allein anzueignen, oder doch dieselbe für ihren Gebrauch, (mit Ausschluß jeder anderweiten Benutzung) allein in Anspruch zu nehmen, wie dies der Eigenthümer thut, oder derjenige, welcher sein Recht vom Eigenthümer ableitet (z. B. der Miether); vielmehr nur so, daß sie den Berechtigten das Recht geben, den bestimmten Gebrauch, welchen sie zum speciellen Gegenstand haben, ausschließlich auszuüben. Folgendes Beispiel mag das Gesagte erläutern: Man nehme den Fall: eine Regierung hat das Fischerei-Regal an einem öffentlichen Flusse hergebracht. Hiermit steht derselben zwar das Recht zu, den Fluß ausschließlich zur Fischerei zu benutzen, und Jedermann

— L. 15. D. de LL. (1. 3.) In his quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. —

das Fischen zu untersagen, auch ihn abzuhalten, Handlungen vorzunehmen, die die Fischerei beeinträchtigen, nicht aber die Befugniß, jeden anderen Gebrauch, z. B. den Gebrauch zum Mühlenbetrieb, zur Schifffahrt, zur Flößerei u. dergl. auszuüben, oder einem Berechtigten zu verbieten, selbst wenn dieser letztere Gebrauch ihrem Fischereirecht nachtheilig seyn würde. — Wir werden weiter unten mehrfach Gelegenheit haben, auf diesen wichtigen Grundsatz zurückzukommen [126]).

---

126) Mittermaier im Arch. für civ. Prax. Bd. 23. S. 150. 1. Derselbe, Grundsätze. §. 234. bei Not. 20. Maurenb. Lehrb. §. 281. 2. In diesem Punkte müssen natürlich die Ansichten um so mehr divergiren, je mehr die Autoren sich entweder zu den Prinzipien der älteren, oder zu denen der neueren Schule bekennen, d. h. die öffentlichen Flüsse für Gegenstände des wirklichen Eigenthums (der proprietas) des Staats (Fiscus) erklären, und demgemäß die regalen Wasserrechte für Consequenzen des letzteren ansehen, oder aber den Begriff der öffentlichen, dem Privatverkehr entzogenen Rechte festhalten, und die Regalrechte nur als eine rechtliche Anomalie (als jura singularia) ansehen, deren Wirkung möglichst wenig auszudehnen ist. Noch bei Eichhorn, Einleitung. §. 268. II. blickt die ältere Ansicht vom Staatseigenthum der öffentlichen Flüsse durch, ebenso bei dem daselbst alleg. Hagemann, (Erört. und Landwirthschaftsrecht) cfr. oben §. 44. Not. 87—89. Hofacker, a. a. O. greift aber vollends ganz auf dieselbe zurück wiewohl er im Uebrigen Maurenbrecher als Hauptautorität benutzt hat. Daher ist es sehr erklärlich, wie Hofacker die Ausschließlichkeit der regalen Wasserrechte in einem ganz anderen Sinne, als dem oben angegebenen, auffaßt, und z. B. (S. 80. 81.) behauptet: ein verliehenes Mühlrecht sey ein ausschließliches, d. h. jeden anderen Wassergebrauch aufhebendes, weil das Recht des Verleihenden selbst ein ausschließliches ist; oder: (S. 39 unten) in Beziehung auf das Recht des Inhabers mache es keinen Unterschied, ob die Regierung die Wassergerechtigkeit kraft des Wassereigenthums oder blos kraft des Mühlregals als ausschließliches Wassernutzungsrecht vergeben habe; — sie habe einmal das Recht gehabt, sie zu vergeben. Auffallend bleibt es aber hierbei, wie derselbe Schriftsteller seine Theorie in dem Lehrbuch von Maurenbrecher vorgetragen glauben kann, das doch gerade der entgegengesetzten huldigt. Man vgl. in dieser Beziehung das von Hofacker S. 83. 84. Gesagte.

Drittes Kapitel.

Verhältniß der öffentlich-rechtlichen Befugnisse uud Obliegenheiten des Staats zu den regalen Nutzungsrechten an den Flüssen.

§. 51. Die zuletzt (sub. lit D.) angeführten Regeln in Betreff der Regalrechte an öffentlichen Flüssen, welche sich auf deren Eigenschaft als Beschränkungen des Gemeingebrauchs beziehen, werden uns dann auch am besten den Weg zeigen, auf welchem das oben (§. 43.) gestellte Problem allein gelöst, d. h. gezeigt werden kann, wie die strengen Folgen aus dem Prinzip, auf dem die bestehenden regalen Rechte beruhen, sich in der Praxis auf eine solche Art gemildert, und der rechtlichen Natur des Objects dieser Rechte, (des öffentlichen Flusses als einer res publica) in so weit sich accomodirt haben, als es nöthig war, damit beide neben einander bestehen konnten.

Betrachtet man nemlich die regalen Rechte an öffentlichen Flüssen nicht als Folgen des Eigenthumsrechts, vielmehr als Nutzungsbefugnisse singulärer Natur, welche äußerlich und zufällig von den Regierungen neben ihren sonstigen (natürlichen) Rechten herzugebracht wurden, und deshalb auch nicht weiter ausgedehnt werden dürfen, als so weit sie ganz nothwendig sich erstrecken; so kann man ihr Bestehen neben der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft der Flüsse, ihre Vereinbarung mit den nothwendigen Folgen der letzteren noch am füglichsten erklären und anschaulich machen.

Wir haben oben aus dem Staatseigenthum der Flüsse folgende Rechte abgeleitet: nemlich ein Verfügungsrecht des Staats über die öffentlichen fließenden Gewässer, vermöge dessen der letztere die Befugniß hat, die ihrem Zweck entsprechenden Einrichtungen an solchen vorzunehmen, und ein Recht der Beaufsichtigung, Regelung und Beschränkung des öffentlichen Gebrauchs derselben, vermöge dessen der Staat Vorschriften hinsichtlich dieser Benutzung zu erlassen, diese Vorschriften zu vollziehen und zu handhaben, auch Streitigkeiten über die Benutzung zu entscheiden, endlich

den öffentlichen Gebrauch zu überwachen und gewisse Benutzungsarten von seiner Erlaubniß abhängig zu machen befugt ist. — Daß diese Rechte des Staats durch das Regalitäts-Prinzip und seine hauptsächlichsten Folgen, insbesondere die Beschränkung des öffentlich-allgemeinen Gebrauchs und die Begründung ausschließlicher, privativer Nutzungsrechte nicht aufgehoben, ja nicht einmal wesentlich modificirt werden konnten, geht schon daraus hervor, daß dieselben, wie wir im I. Abschnitt des gegenwärtigen allgemeinen Theils gesehen haben, wenn auch in etwas beschränkterem Maße, selbst in Beziehung auf Privatgewässer begründet sind, und abgesehen von dem öffentlichen Eigenthum schon aus den Hoheitsrechten des Staats abgeleitet werden müssen. (Vgl. das oben §. 24. 25. und 40. 41. Note 80. 81. 83. Bemerkte.)

§. 52. In Beziehung auf das Verhältniß dieser öffentlich rechtlichen Befugnisse des Staats zu den aus dem Regalitätsprinzip abzuleitenden Nutzungsrechten lassen sich nun im Wesentlichen folgende Grundsätze aufstellen und zwar

I. hinsichtlich des obgenannten Verfügungsrechts des Staats über die öffentlichen fließenden Gewässer zum Zwecke des öffentlichen Gebrauchs derselben.

1) Der Staat kann vermöge dieses Rechts Einrichtungen an öffentlichen fließenden Gewässern treffen, wodurch die Nutzungen, welche Einzelne an solchen hervorgebracht haben, modificirt und beschränkt werden. Dies folgt zunächst aus der oben (§. 46) angeführten zweiten negativen, aus der Natur der Wasserregalien abgeleiteten Regel: daß nicht angenommen werden kann, der Staat habe in Folge der Verleihung der Wassergerechtigkeit zu Gunsten des Belehnten auf seine ihm vermöge des öffentlichen Eigenthums in Beziehung auf den Fluß zustehenden Rechte verzichten wollen. Sodann ergiebt sich dieser Grundsatz nicht minder aus der positiven Natur der regalen Nutzungsgerechtigkeiten, wonach dieselben keine ausschließlichen Verfügungs-, ja nicht einmal ausschließliche Nutzungsrechte in dem Sinne sind,

daß jeder anderweite Gebrauch ausgeschlossen wäre, vielmehr lediglich Rechte an eine ganz spezielle Art der Benutzung. (Vgl. oben §. 47. und 50. bei A. u. D.) Endlich ist diese Befugniß der Regierung schon in dem Hoheitsrecht, das derselben sogar in Beziehung auf nicht öffentliche fließende Gewässer zusteht, begründet, sofern die oben im I. Abschnitt unter Ziff. 1. 2. (§. 25) angeführten Regeln hier in noch viel höherem Maße, als bei Privatgewässern, Platz greifen müssen [127].

2) Auf gleiche Weise ist die Staatsgewalt befugt Einrichtungen, welche von Einzelnen zum Behuf der Ausübung ihrer Wassernutzungsgerechtigkeit und vermöge derselben (von Rechtswegen) in oder an dem öffentlichen Flusse gemacht worden sind, verändern oder beschränken zu lassen, wenn und soweit sie diese Veränderung durch den Zweck des Flusses, als öffentliche Sache, — nemlich den gemeinsamen Gebrauch, geboten erachtet. — Auch für diesen Grundsatz spricht theils die ad 1. zuerst angeführte Regel, theils die Natur der fraglichen Nutzungsrechte, welcher gemäß sie keinerlei Verfügungsrecht über das öffentliche Wasser und daher auch kein unabänderliches Recht zu einer bestimmten Einrichtung, in oder an dem Flusse Behufs der Ausübung der fraglichen Benutzung geben, (welch' letzteres Recht offenbar ein Dispositionsrecht voraussetzen, oder in sich begreifen würde), theils endlich die selbst in Beziehung auf Privatflüsse geltende Regel: daß alle Wasserrechte nur eine rechtliche Existenz unter der wesentlichen Bedingung erhalten haben, daß sie den öffentlichen Interessen nicht schaden, sowie daß in Beziehung auf den Wassergebrauch immer der Vorbehalt zum Grunde

127) Zu vgl. Mittermaier, im Archiv für civ. Praxis. Bd. 23. S. 164. — Ferner ebendaselbst S. 142. I. 143. bei Not. 30. S. 149. 150. 153 und der das. Not. 49. alleg. Hagemann, prakt. Erört. Bd. 7. S. 286. — Mittermaier, a. a. O. S. 159. vor Ziff. 1. 160. Ziff. 3. 161. Ziff. 4. Derselbe, Privatrecht. §. 222. S. 614. 615. §. 222. a. S. 619. Not. 32.

lag, daß eine durch dies Interesse, welches die Regierung vertritt und bewahrt, gebotene **Veränderung** zu jeder Zeit zulässig sey [128]).

§. 53. II. Auch die Befugnisse, welche der Staatsgewalt, in Beziehung auf die **Ueberwachung, Regelung, Beschränkung des Gebrauchs** der öffentlichen Flüsse zukommen, erleiden dadurch, daß dieser Gebrauch vermöge der regalen Nutzungrechte theilweise in die Hände von Einzelnen gekommen ist, im Wesentlichen keine Aenderung. Denn nicht nur ergiebt sich dies aus der Regel a. in Betreff der negativen Consequenzen des **Staatseigenthums**, (§. 41) wonach die obgenannten Nutzungsrechte nicht auf das letztere Recht zurückgeführt, sowie aus den beiden Regeln in Betreff der negativen Consequenzen aus dem Begriff der Wasserregalien (§. 46), wonach die dem Staat vermöge des öffentlichen Eigenthums zustehenden Befugnisse durch Verleihung regaler Gerechtigkeiten auf den Belehnten nicht übertragen, zu Gunsten desselben nicht aufgegeben werden können; sondern es folgt auch aus der positiven Natur der Regalien, vermöge welcher dieselben ihrer **Substanz** nach Rechte der Regierungen bleiben, auch wenn sie an Privaten verliehen wurden, und daher den **Hoheitsrechten** der Staatsgewalt unterworfen sind. (oben §. 48. Lit. B.)

Wir können in Beziehung auf das Verhältniß dieser Rechte des Staats zu den Nutzungsrechten der Privaten,

---

128) Vgl. **Mittermaier**, Privatrecht. §. 222. a. S. 619. wo gesagt ist: „Anlagen an dem Flußufer, und Benutzung des Wassers hierzu können nur durch Erlaubniß des Staats gerechtfertigt werden, **unterliegen aber immer der Verfügung der Verwaltung**, welche die **Unterdrückung oder Veränderung** des **Werkes im öffentlichen Interesse fordern kann.**" Vgl. auch die in der vorigen Note angeführten Stellen aus der Abhandlung von **Mittermaier**, im Archiv für civ. Praxis, und das daselbst S. 165 hinsichtlich der **Verjährung** Bemerkte, ferner: S. 162. III. A und Grundsätze des deutsch. Priv. Rechts. §. 222. a. Not. 34 35.

nach den drei Hauptrichtungen der Staatsgewalt drei Grundregeln unterscheiden:

1) Die wahlerworbenen Nutzungsrechte Einzelner an öffentlichen Flüssen können den Staat nicht hindern, die gesetzlichen Bestimmungen über den Gebrauch der letzteren zu ändern oder neue gesetzliche Vorschriften hierüber zu ertheilen, wenn auch hierdurch jene Rechte verändert oder beschränkt werden sollten [129].

2) Durch die Verleihung solcher regaler Nutzungsrechte hat sich der Staat seines Rechts, den Gebrauch des öffentlichen Wassers zu beaufsichtigen, zu ordnen und zu beschränken nicht begeben. Insbesondere folgt daraus, daß jene Rechte, wie wir oben (§. 49. C. a.) gesehen haben, in ihrer Eigenschaft als regale Gerechtigkeiten wirkliche Privatrechte sind, nicht, daß alle dieselben betreffenden Streitigkeiten den Regierungs- (Polizei-) Behörden entzogen und an den Civilrichter überwiesen werden müßten [130].

3) Das wohlerworbene Nutzungsrecht entbindet den

---

129) Mittermaier, im Archiv für civ. Praxis. a. a. O. S. 138. 139. 146. c. S. 161. 5. 6. 7. Maurenbrecher, Lehrb. §. 272. Derselbe, Staatsrecht. §. 208. 3. Mittermaier, Grundsätze, §. 222. 222a. — Eichhorn, Einleit. §. 266. I. restringirt dieses Recht Staats auf polizeiliche Beschränkungen, wie sie bei „jedem anderen Eigenthumsrecht" zulässig sind; doch giebt dieser Schriftsteller zu, daß die Befugniß der Regierung „durch ein vorbehaltenes dominum directum auch weitere Grenzen bekommen könne", und läßt somit als Ausnahme gelten, was die neueren als Regel festhalten. Vgl. oben Not. 101.

130) Maurenbrecher, Lehrb. a. a. O. Mittermaier' Grundsf. §. 222. a. Not. 26. Maurenbrecher, Staatsr. a. a. O. — Mittermaier, im Arch. für civ. Prax. a. a. O. S. 129 unten 130. (138. 139. 142. 143.) 146. L. 147. 148. 4. 149. 150. 151. Fälle, wo der Streit vor die Gerichte gehört, führt Mittermaier, a. a. O. S. 150—152, 153 an. Daß dagegen in anderen Fällen sogar Streitigkeiten über Wasserrechte an Privatflüssen nicht vor die Gerichte gehören, zeigt derselbe a. a. O. S. 160. 161. — Vergl. auch die Württemb. Instruct. für die Kreis-Regierungen vom 21. Dec. 1819. Reg. Bl. S. 949. Ziff. 9.

Berechtigten nicht von der Oberaufsicht der Staatsgewalt, und derselbe kann daher namentlich keinerlei Veränderung an den behufs der Ausübung seines Rechts erforderlichen Einrichtungen und Anlagen in oder an dem öffentlichen Flusse ohne besondere Erlaubniß (Concession) der Polizeibehörde vornehmen [131]).

§. 54. Die in Vorstehendem aufgestellten Grundsätze zeigen genügend, wie zum wenigsten die weiter oben (§§. 41. 42.) aus dem öffentlichen Eigenthum abgeleiteten Befugnisse des Staats in Betreff der öffentlichen Flüsse sich mit den regalen Nutzungsrechten wohl vertragen, wenn man nur die letzteren nicht als ein vom Staat auf Einzelne übertragenes Eigenthumsrecht betrachten will.

Allein es entsteht nun die weitere Frage: wie lassen sich diese privativen Nutzungsrechte mit dem allgemeinen Gebrauchsrechte des Publikums, welches doch die nächste und hauptsächlichste Folge der Oeffentlichkeit ist, vereinbaren? Kann das Object jener Nutzungsrechte, der öffentliche Fluß, seine Natur als öffentliche Sache behaupten, wenn gleich der öffentliche Gebrauch durch Privatrechte Einzelner beschränkt und theilweise aufgehoben ist?

Um diese Frage genügend beantworten zu können, müssen wir das Verhältniß der verschiedenen Benützungsarten eines öffentlichen fließenden Wassers zu einander, insbesondere derjenigen Benützungsarten, welche auf historischem Wege zu regalen Nutzungsrechten geworden, zu den übrigen, die im Gemeingebrauche geblieben sind, näher betrachten.

Es wird jedoch zu diesem Zwecke genügen, wenn wir von den vielen Gebrauchsarten des öffentlichen fließenden Wassers zwei der wichtigsten, und zwar gerade zwei, welche häufig mit einander in Conflict gerathen, speciell ins Auge

131) Vgl. im Allg. die in der vor. Note alleg. Compendien. — Württ. Verord. v. 15. Nov. 1822. Reg. Bl. S. 885. 886. — Eichhorn, Einleit. §. 270. a. E. Mittermaier, Grundf. §. 239. II. Maurenbrecher, Lehrb. §. 296. Not. 14. Württ. Mühlordnung vom J. 1729. Pkt. 3.

fassen. Zwei solche sind nun ohne Zweifel die Benützung zur Schiff- und Floßfahrt einer-, und die Benützung zum Werkbetrieb andererseits; und wir werden hiermit von selbst auf die spezielle Erörterung des eigentlichen Gegenstandes dieser Abhandlung zurückgeführt.

Zwar könnte man meinen, weil die beiden zuletzt genannten Gebrauchsarten regale Rechte geworden sind, könne durch die Beleuchtung ihres gegenseitigen Verhältnisses nicht gezeigt werden, ob und wiefern wirklich noch der öffentliche, allgemeine Gebrauch von Seiten des Publicums besteht. Allein es wird sich aus dem Folgenden ergeben, daß dieser letztere nicht blos durch die ärmlichen Ueberbleibsel, die s. g. kleinen Nutzungen (Baden, Schwimmen, Schwemmen, Waschen, Trinken, Viehtränken, Schöpfen, Pumpen, Fischen mit Angeln und Fahren mit eigenem Nachen,) welche vom Einfluß der Regalität allein frei geblieben sind, repräsentirt wird; sondern daß er sich in einer Hauptbenutzung des öffentlichen fließenden Wassers, troß den Beschränkungen der Regalität, erhalten, ja in neuester Zeit von diesen Schranken nach gerade wieder frei gemacht hat, und diese Nutzung ist — die Schiff- und die Floßfahrt. Indem wir daher das Verhältniß der letzteren zu einer anderen Hauptbenutzung, welche schon ihrer Natur nach als die beste Repräsentantin der privativen, regalen Gebrauchsarten erscheint, der Benutzung als Wasserkraft zum mechanischen Werkbetriebe, genauer ins Auge fassen, werden wir die beste Gelegenheit haben, zu zeigen, ob und in wieweit die regalen Nutzungsrechte mit und neben dem öffentlichen, allgemeinen Gebrauche des Publikums, und daher überhaupt mit der öffentlich-rechtlichen Natur der Flüsse sich vereinigen lassen.

Viertes Kapitel.

Die Theorie des Staats-Privateigenthums der Flüsse und ihre Folgen.

§. 55. Bevor ich jedoch zu dieser speciellen Erörterung übergehe, sei es mir noch vergönnt, einige Bemerkungen über das dem bisher entwickelten entgegengesetzte Prinzip als Schluß der Erörterung über die Prinzipienfrage zu geben.

Es wurde schon oben (§. 28. ff.) und beiläufig an einigen anderen Stellen der vorstehenden Ausführung darauf aufmerksam gemacht, wie die Grundsätze, von welchen die Mehrzahl der älteren Rechtslehrer bei Entwickelung der Lehre von den Wasserrechten an öffentlichen Flüssen ausgeht, von denjenigen, welche die neuesten Lehrer des deutschen Rechts zu Grunde legen, wesentlich abweichen. Die Prinzipien der letzteren und die aus diesen Prinzipien abzuleitenden Folgesätze glaube ich in der bisherigen Ausführung erschöpfend entwickelt zu haben. Um nun auch die Grundsätze der älteren Schule und deren Consequenzen kennen zu lernen, dürfte es an einigen wenigen Andeutungen genügen, da sich ohnehin Vieles als Gegensatz des in Vorstehendem Entwickelten von selbst ergiebt.

Die Regalität der verschiedenen Nutzungsrechte öffentlicher Flüsse in Deutschland hat vom 13. Jahrh. ab ihre allmählige Entwickelung und Ausbildung erhalten. [132]) Ihre Blüthenzeit darf wohl in die Periode vom 15—18 Jahrhundert (beides ausschließlich) gesetzt werden, in welcher insbesondere die Juristen es waren, die unter Beiziehung des römischen Rechts und des longobardischen Lehenrechts die Theorie von der proprietas principis an allen öffentlichen fließenden Gewässern aufstutzten. [133]) Nach dieser

---

132) Vergl. Eichhorn, deutsche Staats- u. Rechtsgesch. II. §. 362. S. 690. 591. insbes. Not. p. Nach dem Sachsenspiegel II. 28. und dem Schwabensp. Art. 197. ist der Gemeingebrauch wenigstens die Regel.

133) Eichhorn, a. a. O. IV. §. 548. S. 403. Der daselbst angeführte alte Autor Noe Meurer, Wasserrecht, Frankf. 1570. sagt schon: „wie denn heutigen Tags fast mit allen flüßenden Wassern,

Theorie giebt es keine öffentlichen Flüsse im eigentlichen Sinne, vielmehr nur Domanial- oder Cameral-Flüsse, welche gleich den Domainen, Waldungen rc. zum Vermögen des Fürsten oder des Staats gehören. (Vergl. oben §. 32.)

§. 56. Die älteren Rechtslehrer, welche dieser Theorie huldigen, nehmen ferner Regal- und Eigenthumsrecht hier überhaupt ganz gleichbedeutend, und sprechen daher auch nicht von regalen Rechten an den öffentlichen Flüssen, sondern von dem „Flußregal" (Regales jus Fluminis), als dem Eigenthumsrechte des Landesherrn. [134])

---

welche anfangs und von Natur menniglich frei und gemein gewesen, ein solch Gestalt, daß sie eigen und sondern Oberkeiten zuständig." — Fritsch, Tract. Synopt. de Regali Jure Grutiae, 1668. — also nahezu 100 Jahre später, sagt: „flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia — quoad dominium, proprietatem et utilitates inde provenientes ad Regalia pertinere." — Bei Stryk: Usus mod. Pand. zuerst 1690. — 8. Ausg. 1739. 1. Bd. S. 135. 136. §. 10. wird diese Ansicht bereits verlassen, denn der Verfasser sagt: „flumina hodie adhuc certa ratione publica esse extra controversiam puto" und führt sonach die Lehre von der proprietas principis an den öffentlichen Flüssen nur als Ansicht anderer Rechtslehrer an („plerique asserunt, citati a Besold. Consil. 239. nr. 5.") — vgl. auch Hüllmann a. o. a. O. S. 37. 38. Maurenbrecher, Lehrb. §. 275. S. 589. — §. 293. S. 627. bei Not. 4. Hofacker, a. a. O. S. 35. 36. und oben §. 28—34.

134) Man vergl. Fritsch, a. a. O. S. 2. 3. „Cum igitur flumina ipsa in Principum dominio, patrimonio, libera potestate et omnimoda proprietate sint, atque ad Regalia referantur." S. 9. „Competit autem jus fluminis vel jure proprio, vel jure concesso." Besoldus, Cons. 139. rat. dec. 1. „Flumina enim publica in dominio et patrimonio sunt principis — tam quoad proprietatem, quam quoad jurisdictionem. — Cum etiam regalium jure contineantur." — Lauterbach, Coll. Pand. (1708.) Bd. III. S. 477. (43. 12. §. 3.) „Novissimo jure flumina publica inter Regalia referuntur." — Stryk, Us. mod. Pand. l. c. „Notum enim est, quod hodie Flumina et portus Re galibus adscribantur." S. 138. §. 14. „Cum enim flumina hodie Principis sint —" — Heineccii, Elementa Juris Germanici 1736.

Hoheitsrechtliche Befugnisse, eigentliche regale Nutzungsrechte und Rechte des ächten (Privat-) Eigenthums, wurden von diesen Rechtslehrern, wie wir oben (§. 30. — 34.) gesehen haben, auf eine nicht zu rechtfertigende Weise vermengt, und so wurde namentlich aus dem Hoheitsrechte des Landesherrn hinsichtlich der öffentlichen Flüsse als Theilen des Staatsgebiets, in Verbindung mit dem Occupationsrechte herrenloser Sachen auf die naivste Weise das Domanialeigenthum des princeps an den öffentlichen Flüssen hergeleitet. [135]) Uebrigens muß zur Ehre der Jurisprudenz hier wiederholt angeführt werden, daß diese Theorie auch im 16. und 17. Jahrhundert nicht bei Allen Eingang fand, daß es vielmehr immer noch Rechtslehrer gab, welche die Regali-

---

l. pag. 369. §. VIII. *) „De fluminibns eorumque incrementis vid. HERT. de super. terr. §. XLVII. etc. — ubi erudite ex antiquitatibus Germanicis demonstrat, has res omnes sibi vindicasse Principes, et hinc ea juribus majestatis vel regalibus a plerisque juris publici scriptoribus accenseri.“ Daß regale Nutzungs- und Eigenthums-Rechte confundirt wurden und daß diese Verwechslung bis in die neueste Zeit sogar fortdauert, ersieht man aus Eichhorn, Einleit. §. 266. Vergl. hierüber Maurenbrecher, Lehrb. §. 274. Not. 1. S. 587, und insbes. über das s. g. Forstregal, welches gleichfalls dieser Verwechslung seine Entstehung verdankt, ebendaselbst §. 178. Not. 4. S. 391. Vergl. auch oben §. 34.

135) Man sehe hierüber nur bei Fritsch, l. c. S. 2, wo gefragt wird: ob die hohe Obrigkeit (der Landesherr) denn auch wirklich berechtigt sey, die natürliche Freiheit der Schifffahrt und des Fischfangs bei öffentlichen Flüssen zu beschränken? und der Verf. hierauf die Frage bejaht und fortfährt: „Qui enim imperium habet in terras et laquas, ejus etiam lege, communem reipubl. utilitatem spectante, libertas et facultas iis utendi, naturaliter nulla prohibitione interveniente competens, adimi aut restringi potest. — Accedit, quod, cum quae communia sunt, fiant privatorum, qui ea occupant, nihil vetet, fieri publica, et ad Principem pertinere, quae ab ipso occupantur. Auch Fritsch, Jus Fluviaticum. Jenae 1672. Pars II. Quaest. X. S. 162. und überhaupt oben §. 30. zu vergl. Mittermaier, Privatrecht §. 200. VIII. §. 201. Not. 5. 2)

tät der Flüsse auf die landesherrlichen Hoheitsrechte und regalen Nutzungsbefugnisse beschränkten. [136])

§. 57. Sehen wir nun wie sich diese Theorie zu dem oben (§. 45.) angegebenen Begriffe eines regalen Rechts und den hieraus abgeleiteten Regeln in Betreff der öffentlichen Flüsse als Gegenstände der Regalität verhält.

Nach der allgemeinsten Begriffsbestimmung sind die Regalien, dem Obigen zu Folge, nutzbare Rechte der Regierungen, welche diese auf historischem Wege erworben haben, welche daher auch keinen wesentlichen Theil der Staatsgewalt ausmachen und veräußert werden können. Die Regalien insbesondere, deren Gegenstand die öffentliche

---

136) Cfr. Fritsch, l. c. S. 2. „Qua vero ratione et quo respectu flumina ad Regalia referantur, an ratione proprietatis ac usus, an vero jurisdictionis tantum, variant Doctores —" Folgen nun mehrere Citate, worauf dann der Verf. fortfährt: „Quod mores hodiernos attinet, negari non potest, omnia flumina etc. —" und sich mit den Not. 133. angeführten Worten zu der erstern Ansicht bekennt, welche er mit den Not. 134 angeführten Gründen unterstützt. — Ebenso führt Stryk, not. 133. 134. cit. §. X. die Frage über die Rechte des Princeps an den öffentlichen Flüssen als controvers an, und spricht sich, in gewisser Hinsicht wenigstens, für den römisch-rechtlichen Begriff eines flumen publicum aus, hält deßhalb auch das jus grutiae (§. XIII.) für kein gemeinrechtliches Regal, fällt aber freilich (§. XIV.), wo er vom Fischereirecht handelt, in die zu seiner Zeit noch ziemlich herrschende Ansicht zurück, nach welcher die flumina „Principis sunt". Ein Schriftsteller vom Ausgange des vorigen Jahrhunderts endlich, v. Cancrin, Abhandlungen vom Wasserrechte, Halle 1789 — 1800. Bd. I. Abh. 1. §. 99. S. 73. erwähnt gleichfalls dieser Controverse, indem er sagt: „der Streit, ob dem Landesfürsten auch das Eigenthum des öffentlichen Flusses zukomme, sey ohne Nutzen, da ihm die Wirkungen und Nutzbarkeiten des Eigenthums kraft des Regals zukommen." Letztere Ansicht ist freilich nicht ganz richtig, wie denn auch dieser Schriftsteller dem am gleichen Orte aufgestellten Grundsatze: daß man bei jedem öffentlichen Flusse die Gerichtsbarkeit (Souveränetät), die Nutzungen und das Eigenthum unterscheiden müsse, und daß letzteres immer bei dem Volke bleibe, in seinem Werke nicht getreu bleibt, sofern er überall die regalen Rechte aus dem Eigenthum ableitet. Vergl. ferner oben §. 31. 33. 34.

Flüsse sind', kann man sonach als Nutzungsrechte bezeichnen, welche die Regierungen sich ausschließlich angeeignet und durch Verleihung an Privaten gegen Abgaben oder sonstige Vortheile zur Einnahmsquelle gemacht haben, obwohl sie in Gemäßheit der rechtlichen Natur ihres Objects dem Gemeingebrauche hätten anheimfallen sollen.

Schon unter den allgemeinsten Begriff eines Regals überhaupt läßt sich demnach das „Flußregal", wie es jene älteren Rechtslehrer annehmen, nicht wohl subsumiren; denn selbst diese allgemeinste Definition zeigt an, daß unter den fraglichen nutzbaren Rechten der Regierungen keine Eigenthumsrechte verstanden werden. Noch weniger aber paßt der Begriff der regalen Nutzungsrechte an öffentlichen Flüssen auf jenes „Flußregal" oder vielmehr Flußeigenthum; denn wenn die öffentliche Flüsse ohnehin Eigenthum der Regierung (im fiscalen und domanialen Sinne) sind, so bedurfte es keiner besonderen Aneignung nutzbarer Rechte an denselben, so kann man nicht von Rechten sprechen, welche nach der rechtlichen Natur ihres Objects dem Gemeingebrauch hätten anheimfallen sollen, da ja der letzteren zu Folge gerade der Gemeingebrauch ausgeschlossen ist. (Oben §. 37. bei Note 61.)

§. 58. Wenden wir uns zu den aus dem Begriff der Regalien überhaupt nnd dem der regalen Nutzungsrechte an öffentlichen Flüssen insbesondere abgeleiteten Regeln, und vergleichen wir mit diesen Regeln die Folgesätze, welche sich aus der Annahme eines fiskalischen Eigenthums an den öffentlichen Flüssen, eines s. g. „Flußregals" ergeben müssen; so werden wir noch deutlicher sehen, wie weit beide Ansichten in ihren Resultaten auseinander laufen.

1) Die Regalien sind nutzbare Rechte der Regierungen an den Gegenständen der Regalität; sie geben den letzteren das Recht zu einer Benützung dieser Gegenstände, welches Recht ihnen, abgesehen von der Regalität, nicht zustehen würde. Aus dem nämlichen Grunde beschränkt

sich aber das Recht, welches sie geben, auf die bestimmte Nutzung, welche sie bezwecken.

Sie sind Rechte auf einen gewissen Gebrauch des Gegenstandes, nicht Rechte an den Gegenstand im Allgemeinen (vergl. oben §. 47. A.) Alle diese Eigenthümlichkeiten fallen von selbst weg, wenn man Flußregal und fiskalisches Eigenthum des öffentlichen Flusses gleichbedeutend nimmt. Das Recht der Benützung ist unter letzterer Voraussetzung nur eine Ausflucht des Eigenthums und als solches unbeschränkt. Ein verliehenes Benutzungsrecht insbesondere wird hinsichtlich seines Umfanges lediglich nach der Willkühr des verleihenden Eigenthümers — somit durch den Verleihungsvertrag bestimmt. [137])

§. 59. 2) Die Regalien sind und bleiben ferner ihre Substanz nach Rechte der Regierungen; — daher jene vorbehaltenen Befugnisse (Rückfallsrecht, Caducitätsrecht), daher die Bestimmung des Umfangs der verliehenen Gerechtigkeiten nach Prinzipien des Staatsrechts, daher die größere Beschränkung der letzteren durch die entsprechenden Hoheitsrechte des Staats. (Oben §. 48. B.)

137) Wenn daher Hofacker a. o. a. O. mehrfach (z. B. S. 47. 53. 80. 81.) behauptet: weil die Regierung das ausschließliche Recht habe, einen öffentlichen Fluß zu diesem oder jenem Gebrauche zu benützen; so müsse die von derselben vermöge dieses Rechts einem Privaten verliehene Nutzung gleichfalls eine ausschließliche, d. h. jeden anderen Gebrauch (des verliehenen Wassers) aufhebende seyn. Gerade so, wie der, welcher sein Pferd zum Reiten vermiethet hat, dasselbe nicht zum Fahren selbst gebrauchen oder einem Dritten überlassen könne; — so hat er von dem Standpunkte der Eigenthumstheorie unbezweifelt recht. Aber er ist im Irrthum, wenn er (S. 39. 40.) meint: „In Beziehung auf das Recht des Inhabers mache es keinen Unterschied, ob die Regierung diese Wassergerechtigkeit kraft des Wassereigenthums oder blos kraft des Mühlregals als ausschließliches Wassernutzungsrecht vergeben habe." Denn kraft des Wassereigenthums (im Sinne der Proprietätstheorie) kann der Staat die Mühlgerechtigkeit als ausschließliches Wassernutzungsrecht, kraft des Mühlregals kann er solche nur als ausschließliches Mühlnutzungsrecht verleihen. Vergl. oben Not. 126.

Betrachtet man nun das s. g. Flußregal als gleichbedeutend mit Eigenthum des Staats, und die an Einzelne verliehenen Wassergerechtigkeiten als von dem Eigenthümer eingeräumte (dingliche) Rechte; so kann man zwar behaupten, daß das Eigenthum demungeachtet dem Staat verbleibe, wie überhaupt der Eigenthümer, welcher einem Dritten ein (dingliches) Recht an seinem Eigenthum abtritt, Eigenthümer bleibt. Aber man kann nicht behaupten, daß das verliehene, abgetretene Recht selbst, seiner Substanz nach, bei dem Verleihenden zurückgeblieben — dem Belehnten so zu sagen nur das dominium utile desselben abgetreten worden sei. Daher kann man, von obiger Voraussetzung ausgehend, consequenter Weise auch der Regierung keine besonderen Befugnisse, wie sie der dominus directus behält, einräumen; man kann die Grundsätze über den Umfang jener eingeräumten Befugnisse nicht im Staatsrechte suchen, vielmehr muß hier lediglich das Privatrecht, insbesondere die Natur der verliehenen Rechte (z. B. als Dienstbarkeiten, Servituten) sowie der zwischen dem verleihenden Eigenthümer und dem Beliehenen abgeschlossene Vertrag Ziel und Maß geben, da ja (wie z. B. bei jeder Servitutsbestellung) ein rein privatrechtliches Verhältniß vorliegt; man kann endlich nicht zugeben, daß der Staat befugt sey, die verliehenen Rechte vermöge seiner Hoheit mehr zu beschränken, strenger zu beaufsichtigen, als er dies bei jedem anderer Privatrechte zu thun die Befugniß hat. [138])

138) Vergl. Hofacker a. a. O. S. 32: „wobei sich von selbst versteht, daß dieses Nutzungsrecht dem Souveränitätsrechte, nemlich der Gesetzgebung, Polizei und Gerichtsbarkeit, wie jedes andere Privatrecht, unterworfen bleibt.“ Freilich sagt der hier von Hofacker allegirte Maurenbrecher nicht dasselbe, vielmehr behauptet dieser Schriftsteller, wie oben gesagt wurde, die Hoheitsrechte seyen hier umfassender wegen des besonderen Interesses, das die Staatsregierung für die Regalien haben müsse. Offenbar ist Hofacker hier wieder ohne Wissen und Willen in die Theorie des fiskalischen Eigenthnms der Flüsse zurückgefallen, woraus sich allein auch seine Behaup-

3) Die Regeln, welche oben (§. 49. C. d.) für die Auslegung der Verleihungsverträge über regale Nutzungsrechte aufgestellt wurden, sind gleichfalls nur Folgen der singulären Natur der Regalien, und lassen daher keine Anwendung auf Nutzungsrechte zu, welche aus dem Eigenthum des Gegenstands der Nutzung (der öffentlichen Flüsse) abgeleitet werden wollen. Wir haben endlich

§. 60. 4) die regalen Nutzungsrechte an öffentlichen Flüssen in ihrer Eigenschaft als Beschränkungen des gemeinsamen freien Gebrauchs einer öffentlichen Sache betrachtet, und hiebei gefunden, daß sie nach ihrem Rechtsgrund keine natürlichen Folgen der Rechte des Staats an den öffentlichen Flüssen als solchen, vielmehr singuläre, auf einem zufälligen, historischen Fundamente ruhende Befugnisse sind. Wir haben hieraus gefolgert, daß die Grundsätze des römischen Rechts über das jus singulare auf die Regalien an öffentlichen Flüssen vollständige Anwendung finden, und die Consequenzen dieses Grundsatzes in vier Regeln anschaulich zu machen versucht. (§. 50. D.) — Wie ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn die Wasserregalien nichts anderes sind, als Ausflüsse eines fiskalischen Eigenthums der öffentlichen fließenden Gewässer! Unter dieser Voraussetzung erscheinen sie nicht als Beschränkungen des gemeinsamen Gebrauchs, denn ein solcher existirt de jure nicht, wie sich aus dem oben (§. 37.) angegebenen Begriffe des fiskalischen Eigenthums von selbst ergiebt. Vielmehr sind sie nach ihrem Rechtsgrunde gerade die natürlichen Folgen des letzteren, und müssen daher nach denselben Grundsätzen behandelt werden, wie andere aus dem Eigenthum fließende Rechte. — Freilich stößt die Theo-

---

tung (S. 74), daß aus dem Hoheitsrechte des Staats in Beziehung auf die öffentlichen Flüsse nur das Expropriationsrecht folge, erklären läßt, — eine Behauptung, die, wie wir gesehen haben, nicht einmal in Beziehung auf Privatflüsse ganz richtig ist. Vergl. hierüber Mittermaier im Arch. f. civ. Praxis a. a. O. S. 160. 161.

rie gerade hier auf eine gefährliche Klippe. Die kleinen Nutzungen nemlich, die ich oben (§. 54.) aufgezählt habe, sollten consequenter Weise gleichfalls der Regierung ausschließlich zukommen, wenn letztere Eigenthümerin (im fiskalischen, domanialen Sinne) der öffentlichen Flüsse ist. Demungeachtet können die Anhänger der Proprietätstheorie nicht in Abrede ziehen, daß diese Nutzungen an allen öffentlichen Flüssen dem Publicum verblieben sind, sich jetzt noch im Gemeingebrauche befinden. Man hilft sich daher dadurch, daß man, freilich nicht ohne inneren Widerspruch, entweder annimmt, diese Rechte seyen übrig gebliebene Wirkungen der früheren, durch das Institut der Regalität aufgehobenen, Natur der Flüsse (als öffentliche Sachen); oder daß man behauptet, die öffentlichen Flüsse seyen in Beziehung auf die kleineren Nutzungen res publicae, in Hinsicht der regalen Gebrauchsrechte aber wirkliches (fiskalisches) Eigenthum der Regierung.[139]) Dies ist jedoch nur ein weiterer Beweis für die Unhaltbarkeit der, wie oben gezeigt wurde, auf unrichtigen staatsrechtlichen Ansichten und irriger Auslegung der Gesetze beruhenden Eigenthumstheorie.

---

139) Beide Behauptungen finden sich bei Hofacker a. a. O., wiewohl sich dieser Schriftsteller, wie schon mehrfach bemerkt wurde, nicht offen zu der im Text genannten Theorie bekennt; nicht nur wird (S. 35) bemerkt: das öffentliche Wasser sey rücksichtlich der Hauptnutzungen ein für die Regierung privatives geworden, und nur rücksichtlich der geringeren Nutzungen der Wirkung nach ein öffentliches oder res communis geblieben; sondern es heißt auch (S. 80): nach deutschem Rechte sey der Begriff einer res communis an öffentlichen Flüssen zwar nicht aufgegeben, aber dadurch wesentlich verändert, daß die Regierungen ausschließliche Nutzungsrechte hergebracht haben; oder an einem andern Orte (S. 104): das öffentliche Wasser sey im Gemeineigenthum, wovon jedoch für die Gesammtheit der Staatsgenossen nur geringe Nutzungsrechte übrig geblieben seyen, indem die hauptsächlichsten zum Staatsgute gehören.

§. 61. Hiemit schließe ich nun den allgemeinen Theil der gegenwärtigen Abhandlung, in welchem ich gezeigt zu haben glaube, welche Prinzipien, theils hinsichtlich der rechtlichen Eigenschaft der öffentlichen Flüsse, theils hinsichtlich der an solchen bestehenden regalen Nutzungsrechte zu Grunde gelegt werden müssen, wenn die Frage über das Verhältniß der Schiff- und Floßfahrt zu der Wasserbenutzung für den mechanischen Werksbetrieb richtig beantwortet werden soll.

Das Ergebniß dieser Untersuchung läßt sich kurz dahin zusammenfassen: daß die öffentlichen Flüsse als solche nicht fiskalisches Eigenthum des Staats, vielmehr öffentliche, nicht im privatrechtlichen Verkehr befindliche Sachen sind, daß die Rechte, welche dem Staat vermöge dieser Eigenschaft über die öffentlichen Flüsse zustehen, die Natur hoheitsrechtlicher Befugnisse haben, und daß demnach die regalen Nutzungsrechte der Regierungen nicht auf erstere Befugnisse zurückgeführt werden dürfen, diese Nutzungsrechte vielmehr, gleich allen übrigen Regalien, einen rein zufälligen, historischen Entstehungsgrund haben, und, in sofern sie mit der rechtlichen Natur ihres Objects (der öffentlichen Flüsse) im Widerspruch stehen, als Rechtssingularitäten angesehen und behandelt werden müssen; endlich daß die an Einzelne verliehenen regalen Gerechtigkeiten die hoheitsrechtlichen Befugnisse der Staatsgewalt in Betreff der öffentlichen Flüsse in ihrer Eigenschaft als öffentliche Sachen, d. h. die Folgen des Staatseigenthums, weder aufheben noch beschränken können.

Besonderer Theil.

Erster Abschnitt.

Von der Benutzung der öffentlichen Flüsse zur Schiff- und Floßfahrt, und zum Maschinenbetrieb.

Erstes Kapitel.

Die Benutzung der öffentlichen Flüsse zum Maschinenbetrieb, Mühlregal und Mühlgerechtigkeit.

§. 62. Bevor das Verhältniß der Wasserbenutzung zu der Schiff- und Floßfahrt einer, und zum Maschinenbetrieb andererseits, welches ich nun näher erörtern will, anschaulich gemacht werden kann, müssen wir diese beiden Benutzungsarten öffentlicher Flüsse in geschichtlicher wie in rechtlicher Hinsicht etwas näher ins Auge fassen.

Der Gebrauch der Wassermühle ist bei den Römern jüngeren Ursprungs, als man glauben sollte. Die Titel der Pandekten, welche von den öffentlichen Flüssen handeln, gedenken ihrer nicht, und erst die Constitutionen späterer Kaiser im Codex thun der aquae mola Erwähnung [140]). Früher scheinen sich die Römer nur der durch Menschenhände oder durch Vieh in Bewegung gesetzten Mühlen bedient zu haben, wie denn Suetonius, Caligula Cap. 39. erzählt, daß unter letzterem Kaiser eine Brodtheuerung entstanden sey, weil das Vieh in den molis jumentariis zu anderen Zwecken verwendet worden war [141]). Daher findet sich auch keine spezielle Bestimmung in dem römischen Rechte über die Benutzung des öffentlichen fließenden Wassers zum Betriebe von Mühlenwerken. Im Ge-

140) L. 10. C. de aquae ductu (11. 42.). Kori, im Arch. für civ. Prax. Bd. 18. S. 44. Not. 22.

141) Funke, im Arch. f. civ. Prax. Bd. 12. S. 278. Not. 16.

gentheile stehen die römisch rechtlichen Grundsätze über die Flumina publica und den Gebrauch derselben mit einer solchen Benutzung und den hierzu erforderlichen Einrichtungen im Wiederspruche. Jede Vorrichtung an oder in einem öffentlichen Flusse, welche der Schifffahrt hinderlich seyn könnte, oder wodurch der letzteren das erforderliche Wasser entzogen, abgeleitet würde, wird für unzulässig erklärt, und berechtigt Jedermann, der den öffentlichen Fluß zur Schifffahrt benutzen will, auf Abstellung zu klagen [142]. Nun ist es aber bekannt, daß fast alle Mühlwerke solche Wasserbauten erfordern, durch welche nicht nur der freie Wasserweg gesperrt, sondern auch eine bestimmte Wassermasse aus dem Fluß (in die Mühlkanäle) abgeleitet wird. Es muß daher die Benutzung zum Mühlenbetrieb als eine nach streng römisch-rechtlichen Grundsätzen unzulässige Benutzung des öffentlichen fließenden Wassers angesehen werden. —

§. 63. In Deutschland dagegen ist der Gebrauch des fließenden Wassers zum Mühlenbetrieb wohl älter, als unsere Rechtsquellen hinaufreichen [143]. Nach älterem deutschen Rechte war jeder Grundeigenthümer befugt, an den Gewässern, die sein Eigenthum berührten, Wassermühlen anzulegen, ohne daß zwischen eigenem und gemeinem Wasser unterschieden wurde, wie denn überhaupt dieser Unterschied sich erst später ausbildete [144]. Uebrigens läßt sich das Recht der Mühlenbeaufsichtigung schon aus

---

142) Man vergleiche hierüber die Worte des prätorischen Edicts in L. 1. pr. D. de fluminibus (43. 13.) L. 1. pr. de ripa munienda (43. 15.); ferner in Beziehung auf Wasserableitung folgende Gesetzesstellen: L. 10. §. 2. D. de aqua et aquae pluv. (39. 3.) L. 1. §. 22. L. 2. D. de fluminibus.

143) Leg. Salior. Tit. XXV. Leg. Wisigothor. VII. Tit. 2. §. 12. und die bei Hüllmann, Geschichte der Regalien, S. 39. 40. Note 3. 4. allegirten alten Urkunden.

144) Hüllmann a. a. O. S. 33. 39. Mittermaier, Grundsätze, I. p. 222. Note 16. §. 236. bei Note 2. 3. Eichhorn, Rechtsgesch. I. S. 370. bei Note d.

den alten Volksrechten (den s. g. leges barbarorum) als ein Recht der Staatsgewalt nachweisen, welches vorzüglich die Wahrung der Befugnisse Dritter gegen Beeinträchtigung durch die Mühlenanlage bezweckte[145]. Aus diesem Rechte, in Verbindung mit der Schutzbedürftigkeit der Mühlen, die meist an einsamen Orten in Gehölzen angelegt wurden, und deren Anlage daher die Nachsuchung des Schutzes der Regierungen (des Mühlenfriedens) nothwendig machte, um ihnen gegen räuberische Anfälle Sicherheit zu verschaffen, scheint sich allmählig das Mühlenregal gebildet zu haben[146], von welchem sich schon um die Mitte des 10. Jahrhunderts Spuren finden[147], und welches seit dem 12. Jahrhundert sich mehr und mehr in Deutschland ausbreitete[148]. Dieses Regal wird in Beziehung auf öffentliche Gewässer jetzt allgemein als ein gemeinrechtliches anerkannt, und besteht darin, daß die Anlegung einer Mühle an einem öffentlichen Flusse ausschließlich der Staatsregierung zusteht, und von letzteren gegen Entrichtung ei-

---

145) Leg. Alaman. LXXXIII. 1. u. .2: „si quis molinam aut qualemcunque clausuram in aqua facere voluerit, sic faciat, ut nemini noceat. Si autem nocuerit, rumpatur usque dum non noceat. Si ambae ripae suae sunt, licentiam habeat. Si autem una alterius est, aut roget aut comparet. Maurenbrecher, Lehrb. §. 296. S. 636. Mittermaier, Note 144. cit.

146) Maurenbrecher a. a. O. Hüllmann a. a. O. S. 39. Mittermaier a. a. O. §. 236. Note 1. 4. 5. 12.

147) In einer Urkunde Otto I. v. J. 963. bei Hüllmann a. a. O. S. 41. Note 2. heißt es: „molendina componere, et publicas aquas ad utilitatem ipsius ecclesiae trahere, piscationes exercere absque alicujus contradictione."

148) Hüllmann a. a. O. S. 38. Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. II. Bd. §. 362. not. p. S. 691. Maurenbrecher, Lehrb. §. 296. Note 2. S. 635. Bekanntlich wurde das longobardische Regalgesetz II. Feud. 56. schon von den Glossatoren auf die Mühlen ausgedehnt. (cfr. Eichhorn a. a. O. S. 168.) Mittermaier a. a. O. bei Note 3. 4. 5. — u. oben §. 35. Note 59. o.

ner Abgabe (des Mühlenzinses) Einzelnen gestattet wird [149]).

Hierdurch entsteht die regale Mühlengerechtigkeit, d. h. ein dem Einzelnen von der Staatsregierung verliehenes regales Nutzungsrecht, welches nach den oben (§. 49. C.) entwickelten Grundsätzen zu beurtheilen ist. —

§. 64. Was nun die in dem Mühlenregal enthaltenen Befugnisse betrifft, wie sie theils der Staatsregierung als der ursprünglich berechtigten zustehen, theils auf den mit der Mühlengerechtigkeit Beliehenen übertragen werden; so werden sich solche am Besten nach Anleitung der oben (§. 47—50. sub. Lit. A.—D.) entwickelten Regeln in Betreff der Regalrechte an öffentlichen Flüssen darlegen lassen.

A. Das Mühlenregal ist als solches ein nutzbares Recht. Der Nutzen, welcher durch dasselbe bezweckt wird, ist zunächst die Anwendung des Wassers als bewegende Kraft zum Betrieb einer Maschine [150]). Deßhalb spricht man auch von Verleihung, vom Verkauf u. s. w. einer Wasserkraft [151]). Hierdurch wird der Umfang des regalen Nutzungsrechts bezeichnet, indem diesem Zweck zufolge die Benutzung des öffentlichen fließenden Wassers in

---

149) Maurenbrecher a. a. O. §. 296. bei Note 2. u. 8. Mittermaier §. 237. I. u. II., bei Note 17.

150) Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß ich überall, wo von Mühlregal, Mühlengerechtigkeit u. s. w. die Rede ist, unter Mühlen nicht allein die Getreidemühlen, sondern alle und jede durch Wasserkraft betriebene Maschinen, also namentlich auch alle mit mechanischen Wasserwerken in Verbindung stehenden Fabriken, begreife. In gleichem Verstande nennt z. B. v. Cancrin, Wasserrecht Bd. I. Abh. 1. §. 98. das Mühlregal: das Recht, die Flüsse zu Mühlen und anderen Maschinen zu gebrauchen, vergl. Hofacker a. a. O. S. 37. Man spricht ja auch nach gemeinem Sprachgebrauche z. B. von einer Papier-, einer Oel-, einer Sägemühle und dergl.

151) Vergl. Hofacker a. a. O. §. 14.

keiner anderen Weise, als zum Maschinenbetriebe (als Wasserkraft) stattfinden darf. (Vergl. oben §. 47. bei Not. 99.) Bei der verliehenen Mühlengerechtigkeit wird indeß in dem Verleihungsvertrage der Umfang des dem Einzelnen verliehenen Nutzungsrechts [die abgetretene Wasserkraft] noch genauer bezeichnet, ja durch Bestimmung der Weite des Mühlkanals sowie durch die (unter amtlichem Ansehen erfolgende) Legung des Fachbaums und Schlagung des Sicherpfahls sogar die Breite und Tiefe der zur Benützung überlassenen Wasserströmung mathematisch bemessen.[152]). Diese Bestimmung dient insbesondere dazu den Umfang der verliehenen Gerechtigkeit gegenüber von anderen Mühlengerechtigkeiten an demselben Flusse festzusetzen.

§. 65. B. Aus dem Grundsatze, daß die Regalien auch da, wo die aus ihnen fließenden Nutzungsrechte an Privaten verliehen werden, ihrer Substanz nach Rechte der Regierungen bleiben, folgt für das Mühlenregal und die verliehene Mühlengerechtigkeit namentlich: daß

a) der Umfang derselben nach Grundsätzen des Staatsrechts bestimmt, d. h. nach den allgemeinen Vorschriften der hierüber bestehenden Gesetze, der Mühlordnungen, bemessen wird.[153]) Diese Gesetze sind nicht nur maßgebend für die Verhältnisse verschiedener Mühlenberechtigten an demselben Wasser unter einander, sondern auch für das Verhältniß des regalen Mühlenrechts

---

152) Maurenbrecher, Lehrb. §. 296. S. 638. 639. Mittermaier, Grundſ. §. 238. Not. 11—13. Ueber Schlagung des Sicher- oder Eichpfahls vergl. Württ. Mühlordnung v. J. 1729. Pkt. III. (abgeb. im Reg. Bl. v. J. 1840. S. 453. 454.) Hofacker, a. a. O. S. 40. v. Rohr, Haushaltungsrecht, Leipz. 1716. IV. Buch, XII. Cap. S. 702—711. giebt eine ausführliche Beschreibung dieser Vorrichtungen und dessen, was dabei zu beobachten ist.

153) Maurenbrecher, Lehrb. §. 271. Not. 2. S. 585. §. 296. Not. 10. S. 637. Vergl. auch Württ. Mühlordnung v. J. 1729. Pkt. 3. 4. 5—10. 12—15. Mittermaier, Priv.R. §. 237. VII.

(sey es ein verliehenes oder nicht) zu anderen Wassernutzungsrechten, z. B. dem Fischereirecht, dem Recht der Schifffahrt, Flößerei [154]), nnd ist hier Privatwillkühr gänzlich ausgeschlossen. [155]) Ferner folgt aus dem Grundsatze (ad B.), daß

b) die Regierung durch die Verleihung der Ausübung

---

154) Vergl. z. B. die angef. Punkte 16. 8. 9. der Württ. Mühlordnung, welche Bestimmungen in Betreff des Verhältnisses zu den Fischerei-, den Floßberechtigten enthalten. Auffallend ist es, wie Hofacker a. a. O. S. 40. Not. 4. behaupten mag: „die einzelnen Landesgesetze könnten möglicher Weise Bestimmungen über den Umfang des Rechts enthalten, aber sie enthalten deßwegen nichts darüber, weil nichts zu bestimmen ist." Und doch sagt der von Hofacker citirte Maurenbrecher u. o. a. O.: „das Staatsrecht sey die Entscheidungsquelle über den Umfang dieser (regalen) Rechte, die Entscheidungsquellen für die einzelnen Fälle seyen aber in der Regel die allgemeinen Gesetze, z. B. Jagd-, Berg- 2c. Ordnungen", uud an einem andern Orte (§. 296. S. 637. Not. 10): „die Verhältnisse zu dritten Personen zu bestimmen, mache den Hauptzweck der Mühlenordnungen aus." Oder sind denn z. B. die Bestimmungen des Pkt. 4. 5. der Württ. Mühlenordnung über das unbefugte Auffetzen auf den Fachbaum, das Erhöhen der Stellbretter; des Pkt. 8. u. 9. über das Durchlassen des Floßholzes, die Erhaltung der Floßgassen, u. s. w. keine Bestimmungen über den Umfang des Rechts der Mühleninhaber? Ist dadurch, daß einestheils die oben angegebenen Vorrichtungen (Fachbaum, Eichpfahl 2c.) die verliehene Wassermasse genau bezeichnen, anderntheils der Zweck, die Benützung des Flusses als Wasserkraft (zum Maschinenbetrieb), im Allgemeinen den Umfang rechtlich bestimmt, — ist dadurch, frage ich, jede nähere Bestimmung dieses Umfangs, insbesondere die genauere Bezeichnung seiner Gränzen gegenüber von anderen Nutzungsrechten überflüssig gemacht?! Offenbar nicht! Jene Vorrichtungen, jener Zweck bezeichnen zwar den Umfang im Allgemeinen, sie zeigen, daß der Berechtigte so viel Wasser und nicht mehr ansprechen, daß er solches zu keinem andern Zweck, als zum Betrieb seines Werks gebrauchen dürfe; sie bestimmen aber diesen Umfang nicht für die einzelnen Fälle, wo es sich fragt: ob diese oder jene Befugniß in der Mühlengerechtigkeit enthalten sey, wie sich dieselbe zu diesem oder jenem Rechte eines Anderen verhalte?

155) Maurenbrecher, Lehrb. §. 271. am Schluß.

des Mühlenregals sich ihrer Mühlenhoheit sowie der Wasserhoheit, oder was bei öffentlichen Flüssen dasselbe besagen will, des Staatseigenthums am Wasser nicht begeben hat[156]), welches vorbehaltene Recht sich in den drei Richtungen der Staatsgewalt, als gesetzgebende, oberaufsehende und vollziehende (polizeiliche und richterliche) Gewalt äußert. Die Regierung steht demnach dem belehnten Privaten gegenüber nicht allein auf dem Standpunkte des privatrechtlichen Verhältnisses, auch wenn sie demselben die Mühlengerechtigkeit unter lästigem Titel abgetreten hat.

§. 66. C. Wenn man das Mühlenregal als das ausschließliche Recht der Regierung bezeichnet, Mühlen an einem öffentlichen Flusse anzulegen, so kann hiedurch die Ueberlassung des Rechts eine Mühle anzulegen an einen Privaten im einzelnen Falle so wenig als ausgeschlossen gedacht werden, daß vielmehr gerade diese Abtretung gegen Entrichtung einer Abgabe die hauptsächlichste praktische Wirkung des Regals darstellt, weßhalb man dasselbe nicht unrichtig als das Recht: die Bewilligung zu Errichtung von Mühlen an öffentlichen Flüssen zu ertheilen, und für diese Bewilligung Abgaben zu erheben, definiren könnte.[157]) Denn wir haben schon oben (§. 49. C.) gesehen, daß ein wesentliches Merkmal der regalen Rechte in ihrer Veräußerlichkeit und den hiedurch für die Regierung zu erzielenden finanziellen Vortheilen liegt.

Die Verleihung der Mühlengerechtigkeit kann unter allen denjenigen Formen geschehen, unter welchen

---

156) Vergl. oben §. 48. B. c. und die daselbst Not. 104 citirten Schriftsteller; ferner §. 46. 1. 2. §. 53. II.

157) Weßhalb auch Maurenbrecher, Lehrb. §. 296. S. 637 bei Not. 8. bemerkt: der Mühlenzins sey das eigentliche Kriterium für die Regalität des Mühlenwesens. Vergl. auch die Definition bei Mittermaier, Grundſ. §. 237. I.

überhaupt regale Gerechtigkeiten verliehen werden: unter der gewöhnlichen Form der Concession gegen Entrichtung einer stipulirten Abgabe (Mühlenzins), oder unter der Form des Verkaufs, der Verpachtung, Vererbpachtung einer Wasserkraft, welch' letztere auch mit einem Grundstück, als Pertinenz desselben, veräußert werden kann; oder es kann der unvordenkliche Besitz die Stelle einer rechtsgültigen Verleihung vertreten, indem er die Vermuthung einer solchen begründet. [158])

§. 67. Was sodann insbesondere die Wirkungen der Verleihung einer Mühlengerechtigkeit betrifft, so geht a) das verliehene Mühlenrecht vollständig in den Privatverkehr über; es wird meist als Pertinenz des Mühlgebäudes, als „zu der Mühle gehörende Wasserkraft", wie man sich im gemeinen Leben ausdrückt, verkauft, vertauscht, verpachtet, vererbt u. s. w. [159]) Der Belehnte erhält nemlich

b) ein dingliches Recht an dem Gegenstande der Gerechtigkeit, dem öffentlichen Wasser, auf Benützung desselben zum Mühlenbetrieb, welches er gegen jeden Dritten, ja gegen die Regierung selbst mit dinglichen Klagen und possessorischen Rechtsmitteln verfolgen kann. [160])

In Beziehung auf die Auslegung des Verleihungsvertrags mag solcher in der Form einer Con-

---

158) Savigny, System d. heut. röm. Rechts. IV. S. 528. 529. Thibaut, über Besitz u. Verjährung S. 185 u. oben bei Not. 110 f. übrigens Mittermaier, Priv. R. §. 237. Not. 13. 14.

159) Mittermaier, im Arch. f. civ. Praxis Bd. XXIII. S. 151. Ziff. 3. Hofacker S. 40.

160) Vergl. v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Bd. 1. Nr. 3. §. 3. u. f. Hofacker a. a. O. 39. Wenn Maurenbrecher, Lehrb. §. 296. S. 637. bemerkt: die Concession gebe kein Recht am Wasser selbst, so hat er nur das (nicht gemeinrechtliche) Mühlenregal an Privatflüssen im Auge, von welchen hier im Text nicht die Rede ist.

cession oder eines andern onerosen oder lucrativen Rechtsgeschäfts erscheinen, gelten

c) die Grundsätze von den Privilegien und sind die oben §. 49. C. d. α. β. angeführten Regeln zu beachten. Was insbesondere die sub lit. α) ausgehobene Regel hinsichtlich des Mitausübungsrechts der Regierung betrifft, so findet sie zwar auch auf die verliehene Mühlengerechtigkeit vollständige Anwendung. Es ist jedoch hiebei nicht zu übersehen, daß die Verleihung einer einzelnen Mühlengerechtigkeit, — einer bestimmten Wasserkraft, sich auf die zu diesem Behufe erforderliche Wassermenge des Flusses beschränkt, auch die Errichtung der Mühle und der hiezu erforderlichen Wasseranlagen immer an eine bestimmte Lokalität gebunden ist. Wenn daher die Regierung an einer andern Stelle des Flusses eine Mühle errichtet oder zu errichten gestattet, und hiedurch von der dem zuerst Belehnten bewilligten Wasserkraft nichts entzogen wird; so kann dies nicht als eine Mitausübung der abgetretenen Gerechtigkeit betrachtet werden, denn es wurde ja nicht das Wasserbenutzungsrecht zum Mühlenbetrieb in Beziehung auf den ganzen Fluß abgetreten, vielmehr nur ein einzelner, genau bestimmter Theil dieses Rechts.[161])

Endlich haben wir noch insbesondere

§. 68. D. das Mühlenregal als regales Recht an einer öffentlichen Sache, dem öffentlichen Flusse, in

161) Hafacker a. a. O. S. 63. Mittermaier, im Arch. für civ. Prax. Bd. 23. S. 152. 153. 166. Etwas anders kann sich allerdings die Frage in einem Falle, wie der von Mittermaier angeführte, gestalten, wo das Wasser nicht allein als bewegende Kraft, sondern zugleich zu einem andern Behufe (z. B. zur Papierfabrikation, zu welcher reines Wasser erforderlich ist), verliehen wurde, und nun durch die an einer andern Stelle des Flusses bewilligte Mühlennutzung (z. B. zur Färberei) das Wasser zu jenem Behufe untauglich gemacht (verunreinigt) wird. In einem solchen Falle muß natürlich zunächst der Inhalt des Verleihungsvertrags maßgebend seyn.

Betracht zu ziehen, — ein Umstand, welcher für die aus dem Regal abzuleitenden Befugnisse höchst folgenreich ist.

Wir haben schon oben (§. 50. D.) in Betreff sämmtlicher regalen Nutzungsrechte an den öffentlichen Flüssen bemerkt, daß sie der natürlich-rechtlichen Eigenschaft dieser Gegenstände widerstreiten und daher als Rechtssingularitäten zu betrachten sind. Dies gilt nun ganz besonders in Beziehung auf das Mühlenregal, insofern dasselbe eine Art der Wassernutzung zum Gegenstande hat, welche an sich schon dem gemeinen Gebrauche des öffentlichen Wassers nicht entspricht, indem sie nicht nur den Gebrauch desselben von Seiten Anderer ausschließt oder hindert, sondern auch den erforderlichen Wasserbedarf sich gleichsam aneignet, das gemeine Wasser gewissermaßen zu einem privativen, im ausschließlichen Besitze eines einzelnen Berechtigten befindlichen Wasser macht. Man kann nemlich zwei Arten der Benutzung eines fließenden Wassers unterscheiden, solche, bei welchen der Gebrauch von Seiten des Einen die Benutzung zu dem gleichen Zwecke von Seiten des Anderen nicht hindert oder beschränkt, und solche, bei welchen die Benutzung von Seiten des Einen nicht nur den Gebrauch der gleichen Wasserströmung von Seiten eines Andern zu demselben Zwecke ausschließt, sondern auch jeden sonstigen Gebrauch der Uebrigen stören oder hindern kann. Als Beispiele der Benutzung ersterer Art mögen die meisten der s. g. kleineren Wassernutzungen, insbesondere aber die Benutzung zur Schiff- und Floßfahrt angeführt werden; als Beispiele der Benutzung der zweiten Art kann die Anwendung des fließenden Wassers als Betriebskraft von Maschinen und die Verwendung desselben zur Wässerung dienen. Welche dieser beiden Benutzungsarten der Natur eines öffentlichen Gewässers entsprechender sey, — darüber kann kein Zweifel obwalten. Die erstere Art des Gebrauchs ist an sich eine öffentliche, gemeinsame; der Gebrauch zur Schifffahrt und Floßfahrt namentlich charakterisirt den öf-

fentlichen Strom als Wasserstraße, und eben deßhalb als öffentliche Sache, gleich der Landstraße [162]), welche zum gemeinsamen Gebrauch Aller, aber zum ausschließlichen Gebrauche keines Einzelnen vorhanden ist. — Die letztere Art der Benützung setzt nicht nur Anstalten in und an dem Wasser voraus, welche den öffentlichen, gemeinen Gebrauch desselben stören, hindern, (als: Wehre, Schleißen, Dämme, Gräben u. dgl.), sondern sie stellt auch gewissermaßen eine Aneignung, eine Besitzergreifung wenigstens eines Theils der Wasserströmung dar, indem sie dieselbe in die Mühlenkanäle zum Treiben der Räder, in die Wässerungsgräben und über die zu bewässernden Grundstücke ableitet.

Sonach ist es natürlich, daß man, den Begriff des öffentlichen fließenden Wassers streng festgehalten, die letzteren Benützungsarten für absolut unzulässig erklären müßte [163]), was auch das römische Recht, wie wir oben §. 62. bei Note 142. in Beziehung auf die Benutzung zum Mühlenbetrieb gezeigt haben, wirklich that, indem es nicht nur jedwede, den gemeinsamen Gebrauch hindernde Einrichtung am Ufer oder im Flusse selbst (facere, immittere in flumine publico ripave ejus) verbietet, sondern auch jede nachtheilige Wasserableitung aus demselben untersagt. [164])

---

162) L. 24. pr. D. de damno infecto (39. 2.) Fluminum publicorum communis est usus sicuti viarum publicarum et litorum. L. 1. §. 1. D. ut in flumine publ. (43. 14.) L. 1. pr. D. de interdictis (43. 1.) L. 2. §. 1. eod. Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. Rechts II. Th. §. 218. Not. 9. 10.

163) Vergl. Maurenbrecher, Lehrb. §. 179. 266. bei Not. 1.

164) Vergl. die oben Not. 142. alleg. Gesetzesstellen. Hofacker a. a. O. S. 34. meint zwar, schon nach den römischen Gesetzen machen ausdrückliche Verleihungen des Kaisers hievon eine Ausnahme; allein die von ihm hiefür (Not. 5.) angef. Gesetzesstellen sprechen nicht von öffentlichen Flüssen, sondern theils vom Regenwasser, theils von künstlichen Wasserleitungen. Ueber den Ausdruck rivus, welcher in der alleg. L. 1. §. 41. D. (43. 2.) vorkommt, vergl. man den Titel: de Rivis D. 43. 21. insbes. L. 1. §. 2. und Funke, Arch. f. civ. Prax. XII. S. 279. Not. 18.

§. 69. Da nun aber demungeachtet von diesen Benützungsarten insbesondere die Benützung des Wassers zum Maschinenbetrieb, (als Wasserkraft,) bei uns an allen öffentlichen Flüssen besteht, insbesondere vermöge der Regalität hergebracht ist; so wird man wenigstens soviel zugeben müssen, daß der oben in Beziehung auf die regalen Nutzungen an öffentlichen Flüssen im Allgemeinen aufgestellte Grundsatz, nach welchem dieselben als jura singularia betrachtet werden sollen, für das Mühlenregal seine ganz besondere Gültigkeit haben müsse.

Hieraus folgt zunächst in Beziehung auf das letztere der wichtige Grundsatz: daß im Zweifel stets die Vermuthung für die möglichst geringste Beschränkung des natürlich-rechtlichen, d. h. gemeinsamen, öffentlichen Gebrauchs des fließenden Wassers durch die Benützung zum Mühlenbetriebe streitet. Dieser Grundsatz ist, wie ich weiter unten zeigen werde, von den wichtigsten Folgen in Beziehung auf das Verhältniß des Mühlenregals und der aus solchem abgeleiteten Nutzungsrechte zu anderen Gebrauchsrechten des öffentlichen fließenden Wassers. Im Uebrigen lassen sich aus der rechtlichen Natur des Mühlenregals, als eines auf historischem zufälligem Rechtsgrunde beruhenden, der Eigenschaft seines Objects, als einer öffentlichen Sache, widerstreitenden Rechtsinstituts, folgende weitere Regeln ableiten:

1) Man darf nicht nur das Mühlenregal nicht als eine auf dem Eigenthum an dem öffentlichen Flusse beruhende Befugniß betrachten, sondern man darf auch die Analogie eines vom Eigenthümer übertragenen Rechts auf die verliehene regale Mühlengerechtigkeit in keiner Weise für anwendbar halten [165]); aus diesem Grunde muß man

165) Vergl. oben Not. 125. Aus eben diesem Grunde sind die von Hofacker a. a. O. z. B. S. 47. 81. beliebten Beispiele von dem Rechte, welches der Eigenthümer an seinem Eigenthum dem Mietter einräumt, falsch, denn der Gegenstand der Mühlengerech-

2) das Mühlenregal an öffentlichen Flüssen lediglich als ein Recht auf einen gewissen Gebrauch des Wassers, nicht als ein Recht an das Wasser überhaupt, die Wassergerechtigkeit nicht als einen abgetretenen, veräußerten Theil des Flusses, sondern nur als die Erlaubniß betrachten, den erforderlichen Wasserbedarf zum Zwecke des Mühlenbetriebs zu benützen, und darf man insbesondere nie vergessen, daß das Wasser, dessen Benützung dem Berechtigten gestattet worden, eine öffentliche Allen gemeinsame Sache ist und bleiben muß. Endlich mag man zwar

3) eine verliehene Mühlengerechtigkeit sowie das Recht der verleihenden Staatsregierung selbst ein ausschließliches Recht in dem Sinne nennen, als kein Anderer, außer dem Belehnten, die Gerechtigkeit auszuüben, Niemand, außer der regalberechtigten Staatsbehörde, solche zu verleihen befugt ist. Aber man darf dieser Ausschließlichkeit nicht den Sinn unterlegen, als ob das Mühlenregal, die Mühlengerechtigkeit, ein ausschließliches Recht an den Gegenstand der Nutzung selbst, den öffentlichen Fluß, wäre, wodurch letzterer aufhören würde, das zu seyn, was er ist, — eine öffentliche Sache. Man darf daher auch nicht von einer Disposition der Regierung über das öffentliche Wasser bei Verleihung der Mühlengerechtigkeit reden, vielmehr nur von einer Disposition über die regale Wassernutzung zum Mühlenbetriebe. [166])

---

tigkeit (das öffentliche Wasser) ist ja nicht in der freien Disposition des Regalberechtigten, wie das Eigenthum in der des Vermiethers ist.

166) Ich muß bei dieser Gelegenheit wieder auf das oben Note 126 Bemerkte zurückkommen. Hofacker a. a. O. geht gerade von dem entgegengesetzten Grundsatze aus, indem er (S. 39) behauptet: In Beziehung auf das Recht des Inhabers mache es keinen Unterschied, ob die Regierung diese Wassergerechtigkeit kraft des Wassereigenthums, oder blos kraft des Mühlregals als ausschließliches Wassernutzungsrecht vergeben habe. Als Grund hiefür wird freilich

§. 70. Schließlich muß ich noch das Rechtsverhältniß in Betreff der zum Behuf der Wasserbenutzung für den

---

nichts angeführt, als die Behauptung: daß die Regierung eben einmal das Recht, die Gerechtigkeit zu vergeben, gehabt habe. Es läßt sich jedoch der Grund aus anderen Stellen des Buchs sattsam entnehmen. Derselbe liegt in einer falschen Auffassung des Begriffs der Regalien als ausschließlicher Nutzungsrechte. So heißt es z. B. (S. 53): „So gut die Regierung das Recht hat, einen Fluß ausschließlich zum Schiffen oder Flößen zu benutzen, eben so gut hat sie das Recht, ihn ausschließlich zum Werksbetriebe zu benützen." Ja der Verf. geht an anderen Stellen noch weiter, und erklärt jede Vergebung einer Wasserkraft für eine Veräußerung des Wassers — einen Verzicht auf alle und jede Benützung desselben, soweit es als Wasserkraft verliehen wurde (S. 63). Ebendeßhalb wird auch (S. 64) die Benützung des öffentlichen Flusses zur Schifffahrt und Flößerei neben der Benützung zum Werksbetrieb für eine Concurrenz bei Ausübung des Mühlregals erklärt!! (vergl. das oben Note 117 Bemerkte.) Am eclatantesten tritt diese falsche Auffassung aber in dem (S. 65 Not. 5) gegebenen Beispiel von einer verliehenen Fischerei hervor, und der Zweck, die gegnerische Ansicht lächerlich zu machen, ist hiebei gewiß verfehlt worden; denn hier wird der Begriff eines ausschließlichen Rechts gerade in dem oben (im Text) angegebenen Umfange gefaßt, und doch soll das Beispiel für den vom Verf. behaupteten (weiteren) Umfang dieses Begriffs beweisen. Die Folgen dieser Begriffsverwechslung sind augenfällig: (S. 80) „Die Regierung hat das Recht, den Fluß mit Ausschluß oder Verhinderung des gemeinen Gebrauchs zum Werksbetriebe zu benützen oder benützen zu lassen" — über „das öffentliche (?) Wasser zu disponiren" (näml. im privatrechtlichen Sinne). Dies ist der deutschrechtliche Begriff des regalen Nutzungsrechts der Regierung (S. 81), welches somit nach Hofacker nichts anderes seyn kann, als ein Ausfluß des privativen Eigenthumsrechts. Auf die hiemit in Verbindung stehende factisch wie rechtlich unrichtige Behauptung, daß die verliehene Wassergerechtigkeit eine „der Natur der Sache nach ausschließliche Nutzung" sey, werde ich unten noch mehrfach zu sprechen kommen. Wie begründet nun aber Hofacker diesen seinen Begriff eines ausschließlichen Nutzungsrechts? Er beruft sich: 1) auf die Autorität von Maurenbrecher. Dieser Schriftsteller soll (in seinem Lehrbuch §. 179. 180. 256.) behaupten: der reine Begriff einer res communis (?) gelte nur noch bei Heerstraßen und Höfen; hinsichtlich der öffentlichen Flüsse werde derselbe dagegen durch die von der Regie-

Mühlbetrieb erforderlichen Wasserbauten, insbesondere des Mühldamms (Wehrs), einer kurzen Erörterung unterwerfen.

---

rung auf historischem Wege hergebrachten ausschließlichen (den Gemeingebrauch hindernden) Nutzungsrechte, die Regalien, modificirt. Daher können Privatpersonen die von den regalen Wassernutzungen abgeleiteten Gerechtigkeiten als ausschließliche besitzen. (S. 84.) Im Uebrigen soll sich, wie es scheint, der Hofacker'sche Begriff der Ausschließlichkeit von selbst verstehen; denn derselbe wird 2) nur durch Behauptungen, die aller näheren Begründung ermangeln, wie die oben angeführten, belegt. So heißt es z. B. (S. 35): die Regalien haben den römischen Begriff des Wassereigenthums zwar nicht völlig aufgehoben, aber auf eine Weise modificirt, daß wenig mehr davon übrig blieb, mit andern Worten: das öffentliche Wasser sey ein Gemeingut, dessen Hauptnutzungen privativer, d. h. ausschließlicher und fiskalischer Natur sind. Das öffentliche Wasser sey rücksichtlich der Hauptnutzungen ein für die Regierung privatives geworden. Oder (S. 87): „die Regierung könne über die Wasserkraft kraft des Mühlregals verfügen, ohne daß einem Bürger als solchem wegen des verhinderten Gemeingebrauchs des Schiffens oder Flößens irgend eine Einwendung zustände. Endlich nimmt Hofacker 3) an, die Ausschließlichkeit (nach seinem Begriffe) liege bei den in Frage stehenden Nutzungsrechten in der Natur der Sache. (S. 81.) Was nun ad 1(die Autorität von Maurenbrecher betrifft, so muß ich zwar gestehen, daß die angeführte Stelle ein schlagender Beleg für die Hofacker'sche Ansicht seyn würde, nur kann ich dieselbe, so wie sie Hofacker giebt, in Maurenbrechers Lehrbuch nicht finden. §. 179. sagt letzterer Schriftsteller, nachdem er den Begriff der „öffentlichen Sache im engsten Sinne" festgestellt, wörtlich: „dahin gehören die Land- und Heerstraßen und die Häfen." Übrigens handelt Maurenbrecher im §. 179. der Ueberschrift zu Folge „von den öffentlichen Sachen im engsten Sinne überhaupt" und im §. 180. „von den öffentlichen Flüssen insbesondere", auch erhellt aus den Worten (§. 179. S. 393) „Heerstraßen, Häfen u. dgl." daß es für ihn noch andere öffentliche Sachen giebt. Demnach steht in gedachtem §. 179. weder etwas von einem „reinen Begriff", noch etwas von einer res communis (daß Maurenbrecher res communis und res publica genau zu unterscheiden weiß, haben wir oben §. 26. Not. 42. gezeigt; vergl. übrigens nur dessen Lehrbuch §. 175.), und ebenso fehlen dort die zwei Wörtchen „nur noch". Im darauffolgenden §. 180. heißt es wörtlich: „Will man aber mit dem Wasser-

Bekanntlich erfordert die Benützung des fließenden Wassers zum Mühlenbetrieb gewisse Vorrichtungen, um das

---

regal sagen, daß gewisse Nutzungen an öffentlichen Gewässern, die das Publikum ohne Weiteres haben müßte, — von den Regierungen ausschließlich gezogen werden, wenigstens von ihnen erst erworben werden müssen; so ist dies, wie weiter unten §. 293. zeigen wird, völlig richtig." Unten (S. 395.) sagt Maurenbrecher weiter: „Auch diese letzteren (sc. Gewässer, welche im Staatseigenthum sind) hören nicht auf, öffentliche, d. h. dem Gemeingebrauche überlassene Wässer zu seyn. Allerdings nimmt das Wasserregal dem Publikum gewisse Wassernutzungen weg; aber dies hebt für die andern die Oeffentlichkeit nicht auf," worauf Maurenbrecher die nach deutschem Gewohnheitsrecht Jedermann freistehenden kleineren Nutzungen: Baden, Schwimmen u. s. w. aufzählt. Ich frage: in welchem Sinne spricht hier Maurenbrecher von ausschließlichen Nutzungsrechten? wo steht die bei Hofacker eingeschaltete erläuternde Parenthese: „den Gemeingebrauch hindernde?" wo spricht ersterer Autor von einer Modification des Begriffs der res communis? Wenn Maurenbrecher anführt: daß gewisse Nutzungen von den Regierungen ausschließlich gezogen werden, so kann dies nur den Sinn haben, daß solche von keinem Andern gezogen werden dürfen, nicht aber den Sinn, daß sie andere Nutzungen ausschließen oder hindern. Die Parenthese hat Hofacker von Eichhorn (Einleit. §. 268. III.) entlehnt, — bei Maurenbrecher steht kein Wort davon. Ebensowenig spricht dieser von einer Modification des Begriffs der res communis. Denn einestheils sind ihm, wie bereits bemerkt wurde, die öffentlichen Flüsse keine res communes omnium, und anderntheils läßt er dem Begriff der res publica seine volle Gültigkeit in Beziehung auf die öffentlichen Flüsse, indem er die diesem Begriff widerstreitenden Nutzungsrechte an denselben (die Regalien) für äußere Zuthaten erklärt (vergl. §. 293. S. 626. bei Note 2.), und daher nicht aus einem modificirten deutschrechtlichen Begriffe der öffentlichen Flüsse als solcher ableitet. Endlich sagt Maurenbrecher im §. 266. seines Lehrbuchs weiter nichts, als: die regalen Wassernutzungen an öffentlichen Wässern „kommen auch in Händen von Privaten vor, aber als servitutenähnliche Rechte aus Regalien, nicht als Servituten." Von „ausschließlichen Gerechtigkeiten" im Sinne von Hofacker steht im ganzen §. kein Wort. Somit ist klar, daß gerade die Worte bei Maurenbrecher nicht stehen, auf welche Gewicht zu legen seyn würde, wenn die allegirten Stellen das beweisen sollten, was Hofacker mit ihnen beweisen will. ad 2.) den unerwiesenen Behauptungen aber ist

Wasser zu schwellen und an die Mühlräder zu leiten. Zu diesem Behufe wird insbesondere in dem Bett des Flusses ein Damm errichtet (der Mühldamm, das Mühl-

---

entgegenzuhalten: das S. 35. Gesagte enthält eine contradictio in adjecto. Denn es heißt einestheils: der römisch-rechtliche Begriff des Wassereigenthums (als res publica) sey durch die Regalien ein ganz anderer geworden — also aufgehoben. Wenn ein Begriff in seinen wesentlichen Merkmalen so modificirt wird, „daß wenig mehr davon übrig ist," so existirt der frühere Begriff nicht mehr — es wird ein neuer an seine Stelle gesetzt. Anderntheils soll dieser Begriff doch noch bestehen, „nicht völlig aufgehoben seyn." Es heißt ferner: das öffentliche Wasser sey (wohlverstanden: seinem Begriff nach!) ein Gemeingut, demungeachtet aber zu gleicher Zeit auch (hinsichtlich seiner Hauptnutzungen) das conträre Gegentheil von einem solchen — ein für die Regierung privatives Wasser. Kann man diese widersprechenden Eigenschaften in den Begriff des öffentlichen Wassers legen, aus diesem heraus entwickeln?! Dem S. 87. in das Mühlregal gelegten Verfügungsrechte der Regierung über die zum Mühlbetrieb erforderliche Wassermasse (die Wasserkraft) steht die eigene Definition dieses Regals, wie sie der Verf. S. 37. giebt, und wonach dasselbe nicht mehr und nicht weniger ist als das ausschließliche Recht Wassermühlen oder Werke an einem öffentlichen Flusse anzulegen, entgegen, und ebenso die Bestimmung der Begriffs der Regalien überhaupt, wie ihn der Verfasser, (§. 9—12.), überall Maurenbrecher folgend, entwickelt, und wie auch seine Definition des Floßregals ihn giebt, welches (§. 16. 17.) für weiter nicht als für das ausschließliche Recht, Holz auf öffentlichen Flüssen hinabzuschwemmen, erklärt wird. Endlich spricht gegen ein solches Recht das eigene Geständniß des Verfassers (S. 88. Not. 6.), wonach die Finanzverwaltung, wenn sie vermöge des Mühlregals ein Wasserwerk errichten und hiemit den öffentlichen Fluß sperren wollte, „jetzt auf polizeilichen Widerstand stoßen könnte," ein deutlicher Beweis, daß die Ansicht von der Ausschließlichkeit in diesem Sinne nicht durchzuführen ist. Aber auch ad 3.) in der Natur der Sache kann diese Ausschließlichkeit nicht liegen, weil notorisch eine Menge Wasserkräfte an Flüssen benutzt werden, auf welchen Schifffahrt und Flößerei betrieben, und das zum Mühlenbetrieb nöthige Wasser von dieser vorübergehend in Anspruch genommen wird, und weil an allen Flüssen, wo bereits Schifffahrt und Floßfahrt besteht, die Mühlconcessionen nur unter dem Vorbehalt ertheilt werden können, daß jene Wassernutzung hiedurch nicht gehindert und gestört wird. Vergl. auch unten §. 97. 98.

wehr), hinter welchem sich das Wasser sammelt und von wo aus dasselbe dann in einem Canal (dem Mühlgraben) den Rädern zugeführt wird. Es fragt sich nun zunächst, welches Recht der hat Mühlenberechtigte in Beziehung auf das Mühlwehr oder sonstige in dem Wasser erbaute Vorrichtungen, — hat er namentlich ein Eigenthumsrecht an diesen Wassergebäuden?

Von einem Privateigenthum an einem Gebäude, das auf öffentlichem Grund und Boden errichtet ist, kann nicht die Rede seyn, es müßte denn der letztere seine Eigenschaft als öffentlicher Grund und Boden verloren haben, ins Privateigenthum übergegangen seyn. Nun handelt es sich aber unserer Voraussetzung zufolge von Wasserbauten in einem öffentlichen Fluß, und es versteht sich insbesondere von selbst, ist überdies auch im römischen Rechte ausdrücklich anerkannt [167]), daß das Bett (die Sohle) des öffentlichen Flusses dessen Eigenschaft theilt. Man muß daher entweder annehmen, daß die area, auf welcher ein Gebäude errichtet wird, das accessorium, das Gebäude des principale sey, und daher der Theil des Flußbettes, auf welchem der Mühldamm errichtet wurde, dem Mühlberechtigten mit Privateigenthum vermöge der accessio zufalle, was aber gegen die allbekannten Grundsätze dieser Lehre streiten würde, oder zugeben, daß der Werkbesitzer kein Privateigenthum in Beziehung auf die in dem öffentlichen Fluß errichteten Anlagen hat. Eher noch ließe sich ein Superficiar-Recht an einem auf öffentlichem Grund und Boden errichteten Gebäude denken, was auch manche Schriftsteller für zulässig halten [168]); aber im-

167) L. 1. §. 7. i. f. De flum. Impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus. — Stypmann, de jure marit. et nautico. P. II. Cap. 5. §. 149. (ap. Fritsch. Jus. fluv. I. 12.)

168) J. B. Mühlenbruch, Pand. Recht. II. Th. §. 298. S. 195. Allein aus den hier Not. 3. allegirten Gesetzen läßt sich eher das Gegentheil entnehmen.

mer bleibt es widersprechend, anzunehmen, daß die area öffentliches Eigenthum, das auf derselben errichtete Gebäude mit Privatrecht einem Einzelnen zugehörig sey. — Der Mühlenbesitzer muß aber doch ein Recht an sein Wehr haben? Allerdings, aber nur kein umfassendes, dem Eigenthum ähnliches Recht. Der Mühlenberechtigte hat an dem Mühldamm und sonstigen in dem öffentlichen Fluß errichteten Wasserbauten, welche die Natur des letzteren theilen, öffentliche, unter Aufsicht des Staats stehende Sachen sind, auf gleiche Weise ein dingliches Recht, wie ihm solches an dem öffentlichen Flusse selbst (oben §. 49. a. b. Not. 112. 113.) zusteht. Wir werden also dieses Recht ein Privatrecht nennen müssen, ebensowohl, als wir die regalen Nutzungsrechte an den öffentlichen Flüssen als Privatrechte anerkannt haben. Nur dürfen wir nicht übersehen, daß auch das Recht an dem Mühlendamm nicht weiter gehen kann, als das regale Nutzungsrecht selbst geht, und hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen diesem Rechte und einem Superficiar-Rechte. Das Recht des Werkbesitzers in Beziehung auf den Wasserbau läßt sich etwa so definiren: es ist die Befugniß, gewisse bauliche Anlagen zu dem Zweck auf der Sohle des Flusses zu errichten und zu unterhalten, damit die ihm vermöge seiner regalen Wassergerechtigkeit zur Benutzung überlassene Wasserströmung seinem Werke zugeführt werde.

§. 71. Wenn Hofacker in der öfter alleg. Schrift [169]) der Ansicht ist, daß die römischen Rechtsbegriffe in dieser Lehre gar nicht passen; so läßt sich dies nur aus seiner (Not. 166. bekämpften) Ansicht von dem deutschrechtlichen Begriffe des öffentlichen Flusses erklären, wonach dieser im Grund genommen ein fiskalisches an Privaten veräußerliches Eigenthum ist, an welchem einige wenige Nutzungen dem Publikum geblieben sind.

---

169) Hofacker, a. a. O. 38.

Was dieser Schriftsteller im übrigen in Betreff der Natur des Rechts der Werkbesitzer an dem Mühldamm aus älteren Autoren anführt, welche dem letzteren ein „nutzbarliches Eigenthum," der Obrigkeit aber das dominium directum zusprechen, ist auf gleiche Weise zu beurtheilen, wie die ganze ältere Theorie von dem regale fluminum, als dem Eigenthumsrechte des Staats, welche wir oben (§. 29—34.) näher erörtert haben, und aus welcher das Gesagte nur eine natürliche Consequenz ist: indem jene Autoren die Verleihung des regalen Nutzungsrechts als eine Belehnung mit dem im Eigenthum der Obrigkeit befindlichen Wasser betrachten, und demgemäß dem Belehnten das dominium utile nicht nur am Wasser selbst, sondern auch an dem im öffentlichen Flusse errichteten, somit einen Theil desselben bildenden Wasserbau zuschreiben *).

Da wir nun diese Theorie verworfen und den römischrechtlichen Begriff der öffentlichen Flüsse als res publicae festgehalten haben; so sind wir auch berechtigt, die Belege für unsere so eben entwickelte Ansicht dem römischen Rechte zu entnehmen. Dieses kennt nun, wie wir kurz zuvor (§. 62.) gesehen haben, keine Wassermühlen und ähnliche mit Wasserkraft betriebene mechanische Werke, und daher ist auch über das Recht in Beziehung auf den Mühlendamm kein unmittelbarer Aufschluß in demselben zu suchen. Dagegen finden sich bestimmte Aussprüche in Betreff des Rechtsverhältnisses in Beziehung auf andere Baulichkeiten, welche von Privaten auf öffentlichem Grund und Boden errichtet wurden. Gebäude auf öffentlichem Grund und Boden zu Privatzwecken zu errichten, war nach römischem Rechte theils ohne besondere Erlaubniß dann gestattet, wenn der öffentliche Gebrauch hiedurch nicht gestört und sonst Niemand benachtheiligt wurde [170])

*) Vergl. auch Mittermaier, Priv.-R. §. 203. Not. 18.

170) L. 2. pr. §. 2. 5. 10. 11. 14. 16. D. ne quid in loco publ. (43. 8.)

(auch war keine [populare] Klage auf Wegräumung eines solchen Gebäudes gegeben, wenn es einmal errichtet war, doch durfte dasselbe, wenn es den öffentlichen Zwecken im Wege stand, von Obrigkeitswegen hinweggeschafft werden)[171]); theils wurde durch Gesetz, Verordnung oder Bewilligung (privilegium, Concession im neueren Sinn) die Erlaubniß zur Errichtung solcher Gebäude auf öffentlichem Grund und Boden ertheilt[172]).

Diese auf öffentlichem Grund und Boden errichteten Gebäude waren jedoch weder im Privateigenthum der Einzelnen, welche sie errichtet hatten, noch stand den letzteren ein sonstiges, dem Eigenthum ähnliches umfassendes Recht, wie z. B. ein Superficiar-Recht, an solchen zu, vielmehr wurden dieselben dem Grund und Boden, auf welchem sie errichtet waren, für öffentlich gehalten. In dieser Beziehung bemerken die Gesetze namentlich: daß der öffentliche Grund und Boden (z. B. eines öffentlichen Platzes) zwar immerhin auch zum Privatgebrauch benutzt werden dürfe, allein nicht auf gleiche Weise, wie Jemand seinen eigenthümlichen Grund und Boden benutzt (non quasi propria conjusque)[173]). Was auf öffentlichem Grund und Boden aufgerichtet wird, z. B. an einem öffentlichen Flusse, an einer öffentlichen Straße oder am Gestade des Meeres, ist kein Privatbauwesen, sondern ein öffentliches, und

---

171) L. 2. §. 17. L. 7. eod. Der Grund ist jedoch kein privatrechtlicher, vielmehr lediglich ein polizeilicher: ne ruinis urbs deformetur, und daher nur keine Popular-Klage auf Wegräumung, kein interdictum restitutorium eingeräumt, dagegen der Polizeibehörde volle Macht gelassen, nach ihrem Gutdünken das Gebäude wegschaffen zu lassen.

172) L. 2. pr. §. 10. 15. 16. eod. Uebrigens zeigen auch diese Gesetzesstellen, daß bei dieser Erlaubnißertheilung sowohl auf den öffentlichen Gebrauch, als darauf Rücksicht genommen wurde: „ut sine injuria cujusquam fiat."

173) L. 2. §. 2. D. ne quid in loco publ. (43. 8.)

wird nur gestattet, wenn es Niemand nachtheilig ist [174]). Der Einzelne, welcher ein solches Gebäude errichtet hat, ist daher nicht Privateigenthümer, er hat vielmehr nur ein Recht auf die bestimmte Benutzung, zu welcher das Gebäude errichtet wurde. Dies zeigen die Gesetze an einem Beispiel von den Wechslerbuden und anderen dergleichen öffentlichen Gewölben, welche auf dem forum zu Rom aufgerichtet waren, ganz deutlich, indem sie erklären, daß der, welcher solche Buden verkauft, nicht den Grund und Boden, auf welchem sie stehen, noch das Gebäude, sondern nur das Recht verkauft, „da diese Buden öffentliche Sachen sind, deren Benutzung den Privaten gehört" [175]).

Demnach läßt sich unsere oben entwickelte Ansicht von dem Rechtsverhältniß in Beziehung auf den zum Mühlbetrieb erforderlichen Wasserbau in dem öffentlichen Flusse aus dem römischen Rechte vollständig begründen. Uebrigens kommen auch heutzutage andere ganz ähnliche Rechtsverhältnisse vor, z. B. die Rechte der Privaten an Kirchenstühlen [176]), Grabstätten auf Kirchhöfen [177]). An beiden

174) L. 24. pr. D. de damno infecto. (39. 2.) Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere: dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat.

175) L. 32. D. contrah. emt. (18. 1.) Qui tabernas argentarias vel ceteras, quae in solo publico sunt, vendit; non solum, sed jus vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet. Wegen des letzteren Beisatzes kann man auch nicht versucht seyn, diese Stelle so auszulegen, daß von beweglichen, auf dem forum aufgestellten Buden die Rede sey, und sonach den Besitzern derselben nur ein Recht zustehe, dieselben an einem bestimmten Platze aufzustellen, nach Art eines „Marktstandrechts," wo dann freilich die Stelle für das im Text Gesagte nichts beweisen würde.

176) G. L. Böhmer, Princ. Jur. Can. L. III. Sect. V. Tit. I. §. 595. — J. H. Böhmer, Jus Parochiale, Sect. V. Cap. 2. §. 2. 7. 8.

177) G. L. Böhmer l. c. Tit. III. §. 604. — J. H. Böhmer l. c. Sect. IV. Cap. 2. §. 14. 15. — Sam. Strykii, Spec. usus mod. Pand. P. I. L. XI. Tit. VII. §. 21—23. 30.

steht dem Berechtigten zu einem gewissen Zwecke ein Privatrecht zu, namentlich werden erstere häufig verkauft, vererbt u. s. w. Demungeachtet aber sind und bleiben sie Bestandtheile des öffentlichen Gebäudes, Platzes (der Kirche, des Friedhofs), und stehen als solche lediglich im öffentlichen Eigenthum des Staats oder der Gemeinde (Kirchengemeinde, Parochie), welcher diese Realitäten zugehören.

Zweites Kapitel.

Die Schiff- und Floßfahrt auf den Flüssen.

§. 72. Wir haben bei der vorstehenden Untersuchung über die rechtlichen Verhältnisse hinsichtlich der Benutzung des öffentlichen fließenden Wassers zum Mühlenbetriebe, wie solche sich im Deutschland gestaltet haben, gefunden, daß diese Art der Wassergebrauchs, welche ihrer Natur nach der rechtlichen Eigenschaft eines öffentlichen fließenden Wassers minder entspricht, in Deutschland älteren Ursprungs ist, als die strenge Unterscheidung zwischen öffentlichem und nicht öffentlichem Gewässer. Wir haben sodann gesehen, wie der Begriff der öffentlichen und nicht öffentlichen Gewässer im Laufe der Zeit sich ausbildete, und wie andererseits die Ansicht von dem ausschließlichen Nutzungsrechte der Regierung aus der Mühlenanlegung an den ersteren, das Mühlenregal, sich entwickelte. Wir haben die characteristischen Merkmale dieses Regals, einerseits aus der Natur einer ausschließlichen die Wasserströmung ableitenden und so zu sagen sich aneignenden Gebrauchsweise, andererseits aus der rechtlichen Beschaffenheit seines Objects, als einer öffentlichen, dem Privatverkehr entzogenen Sache, nachzuweisen versucht, und hiebei gefunden, wie diese Merkmale wirklich mit dem Begriff des regalen Rechts an einer öffentlichen Sache sich vereinigen lassen.

Im Allgemeinen wird man einräumen müssen, daß beim Mühlenregal an öffentlichen Flüssen mehr die privatrechtliche Seite der regalen Befugniß, sey sie nun eine vom Staat selbst ausgeübte oder eine verliehene, hervortritt, indem hier immer ein Einzelner (die Staats-[Finanz]Behörde selbst, oder ein belehnter Private) ein gewisses bestimmtes Nutzungsrecht ausschließlich ausübt, wenn man auch nach dem Obigen nicht zugeben darf, daß dieser Einzelne sich das Wasser (d. h. den bestimmten, zu seinem Zweck erforderlichen Theil desselben, mit einem Worte: die s. g. Wasserkraft) ausschließlich aneignen darf. Hier hat daher auch die Verleihung des Regals an den Einzelnen von Seiten der Regierung, welche überall die Hauptwirkung der Regalität ist, (cfr. oben §. 49.) mehr den Charakter der Veräußerung eines Privatrechts gegen eine bestimmte Entgeltung (Verkauf einer Wasserkraft mit einer Realität, z. B. einer Mühle, Fabrik, — Verleihung einer solchen gegen Auflegung eines Canons u. s. w.) Die bestimmte Nutzung wird hier ein für allemal vergeben, nicht nur ein vorübergehender kurzer Gebrauch wird gestattet, sondern ein dauerndes, erbliches Nutzungsrecht wird abgetreten, in den Privatbesitz überwiesen.

§. 73. Dies ist jedoch nicht bei allen regalen Nutzungsrechten an öffentlichen Flüssen der Fall, vielmehr giebt es andere, bei welchen die Uebertragung der regalen Befugniß an Privaten mehr unter der Form der Bewilligung des Gebrauchs einer öffentlichen Sache gegen Entrichtung einer gewissen Abgabe, gleich der Erhebung von Weg- und Brückengeldern für den Gebrauch der öffentlichen Straßen und Brücken erscheint, wie ich sogleich an dem Beispiel des Schifffahrts- und Floßregals zeigen werde.

Eine solche Bewilligung muß nicht nothwendig ein für allemal erfolgen, vielmehr wird dieselbe in der Regel nur für eine einzelne Gebrauchshandlung ertheilt, und bei jedem weiteren Gebrauch wiederholt werden. Dieselbe

wird daher auch weniger den Charakter der Abtretung eines dinglichen Rechts am Wasser, der Veräußerung eines privativen Nutzungsrechts, als vielmehr den der Beschränkung und Bevormundung des gemeinen Gebrauchsrechts durch die Belastung mit Abgaben und das Verbot der Benutzung ohne eingeholte Erlaubniß (Concession) der Obrigkeit erhalten. Man wird demnach zugeben, daß hier mehr die öffentlich rechtliche Seite der Regalität sich herausstellt, wie denn auch die Natur der hieher gehörigen Gebrauchsarten es mit sich bringt, indem dieselben nicht, wie der Gebrauch zum Mühlbetrieb, eine Aneignung und Ableitung des Wassers bedingen, und daher nicht den Charakter einer ausschließenden Nutzung, vielmehr den einer gemeinschaftlichen haben, bei welcher Jeder neben dem Andern von dem Wasser zu seinem Zwecke Gebrauch machen kann.

§. 74. Betrachten wir nun die Wasserbenutzung zur Schifffahrt und Floßfahrt genauer! Ihr Ursprung ist bekanntlich uralt. Von der Schifffahrt ist dies allbekannt; aber auch der einfache Holztransport auf dem Wasser in der Gestalt aneinander gefügter Balken, Flöße, muß wenigstens ebenso alt seyn. Denn was waren die ersten Fahrzeuge anders, als Flösse, d. h. mit einander verbundene Stämme und Balken, über welche Breter gelegt wurden? Auch findet sich schon in den Büchern des alten Testamentes eine Nachricht hierüber: nämlich daß Salomo mit dem König Hiram von Tyrus einen Vertrag über die Lieferung von Baustämmen zum Tempelbau abschloß, welche auf dem Libanon gehauen, in Flöße gelegt und so auf dem Meer nach Jaffa gebracht werden sollten[177 a]).

---

177 a) 1. Könige 5, 8. 9. — 2. Chron. 2, 16. Vergl. auch: Geschichte des Holzflößens in W. G. v. Mosers Forstarchiv. XII. Bd. S. 10. 11. Not. 5. 6. Vergl. v. Rohr, Haush. Recht. VIII. Buch. VI. Cap. S. 1227. v. Cancrin, vom Wasserrechte. II. Bd. 6. Abh. 1. Cap. §. 1. 2. S. 97. 98.

Den Griechen und Römern war der Gebrauch der Flöße schon in der ältesten Zeit bekannt, und in den Pandekten wird die Flößerei ausdrücklich für eine Art der Schifffahrt erklärt [178]). Die Scheiterflößerei dagegen wird gemeiniglich für jüngeren Ursprungs gehalten, wenigstens finden sich im Alterthum keine sicheren Spuren derselben. Dagegen ist in Deutschland die Wildflößerei schon sehr alt [179]).

§. 75. Noch muß ich einige Worte über den Begriff und die Arten dieser Wasserbenutzung vorausschicken. — Was man unter Schifffahrt versteht, wird kaum einer Erläuterung bedürfen. Man versteht darunter den Transport größerer Lasten in ordentlich gebauten durch menschliche Kunst gelenkten Fahrzeugen (Schiffen) auf dem Wasser. Hienach unterscheidet sich die (eigentliche) Schifffahrt einestheils von der Wasserfahrt mit Kähnen, Nachen und sonstigen kleinen Fahrzeugen, welche keine größere Lasten tragen können [180]), anderntheils von der Floßfahrt, welch letz-

178) v. Moser a. a. O. S. 9. 10. Not. 4. S. 13. Not. 11. 12. — L. 1. §. 14. D. de flum. (43. 12.): „navigii appellatione etiam rates continentur." L. 1. pr. D. ut in flum. publ. (43. 14.)

179) Vergl. v. Moser a. a. O. S. 14. Not. 13. — Ebendaselbst Bd. VII. S. 146. 147., wonach seit undenklicher Zeit auf der Murg nach Gernsbach im Großherzogthum Baden mittelst der Wildflößerei Sägblöcke verflößt werden. Ferner Bd. II. S. 193. ff. G. W. Schäfer, Oberförster, „Nachricht von dem Haalholzflößen auf dem Kocherfluß aus der Grafschaft Limpurg nach Schwäbisch-Hall." Hienach wurde gleichfalls durch Wildflößerei Brennholz der Saline Hall in Klötzen auf dem Kocher zugeführt. Diese Flößerei bestand mindestens schon im 14. Jahrhunderte, wie aus einer Urkunde vom J. 1399 (bei Hofacker a. a. O. S. 117. ff. abgedruckt) zu ersehen, in welcher mehrfach von „altem Herkommen" die Rede ist.

180) Daß man diese nicht zur Schifffahrt im strengen Sinne rechnet, erhellt schon daraus, daß man nur einen solchen Fluß einen „schiffbaren" nennt, welcher größere Lastschiffe trägt, und daher eine Wasserstraße für den größeren Personen- und Güterverkehr bildet. Ueber den Begriff eines Schiffs vergl. v. Cancrin, Abh. 14. Cap. 1. §. 2. (III. Bd. S. 123.)

tere keine ordentlich (kunstgerecht) gezimmerten und auf längere Dauer berechneten Fahrzeuge (Schiffe) erfordert [181]). Die Flößerei sodann zerfällt in zwei Hauptarten: entweder nämlich wird dieselbe mit ungebundenen, freien Flößen bewerkstelligt, oder das Holz wird in gebundenen oder gespannten Flößen transportirt. Wir werden sogleich sehen, daß nur von der letzteren Art des Floßbetriebs hier die Rede seyn kann, wie denn auch nur bei ihr eine Analogie der Schifffahrt stattfindet, das Flößen mit ungebundenem Holze aber sich in keiner Weise der Schifffahrt an die Seite stellen läßt (vergl. oben §. 1.). In gebundenen oder gespannten Flößen nun wird vornemlich [182]) Langholz transportirt (Langholzflößerei) und diese Art des Holztransports zerfällt dann wieder in zwei Hauptgattungen: in die Gestörflößerei und in die Hauptflößerei, von welchen die eine auf Bächen, Canälen und Flüssen, deren Sohle mit der Floßstange noch zu erreichen ist, die andere (die Hauptflößerei) dagegen auf Strömen und Seen, bei deren Tiefe keine Floßstangen, sondern nur Ruder in Anwendung gebracht werden können, ausgeführt wird [183]). Unter einem Gestör (Abschnitt, Tafel) versteht man eine Abtheilung Floßholz, deren einzelne Theile (Sägklötze, Stangen, Baustämme u. dergl.) zusammen verbunden sind; mehrere Gestöre werden sodann aneinander gehängt (die leichteren, kürzeren, vorn, die schwersten, längsten, hinten) und so zu einem Gestörfloß

---

181) Die größeren Rheinflöße zeigen zwar schon einen complicirten, künstlichen Bau, demungeachtet sind sie keine Schiffe auch nicht auf längere Dauer berechnet, und werden immer nur für die einzelne Thalfahrt zusammengefügt, da das Holz in Holland verkauft wird.

182) Seltener ist die Verflößung des Brennholzes in gebundenen Flößen, vergl. hierüber Jägerschmid, Handbuch für Holztransport und Floßwesen. Carlsruhe 1828. 2. Bd. S. 331.

183) Vergl. ebendas. a. a. O. S. 343. 420.

vereinigt[184]). Die Zusammensetzung der Hauptflöße, welche nach Länge, Breite und Dicke bedeutende Massen bilden und aus den verschiedensten Hölzern zusammengefügt seyn können, ist weniger einfach, und ihre Führung erfordert tiefgründige Floßstraßen, ansehnliche Flüsse oder Ströme[185]). Was aber den Floßbetrieb mit regelmäßig eingebundenen Flößen überhaupt charakterisirt, und den beiden genannten Gattungen der Langholzflößerei gemeinschaftlich ist, besteht darin, daß solche Flöße von sachverständigen Flößern (an manchen Orten auch „Schiffer" genannt) geführt und gelenkt, und zum Transport von Personen und Waaren, namentlich kleineren Hölzern, als: Dielen, Latten, Faßdauben u. dergl., aber auch von Brenn- und Bauholz („Oblast"), benutzt werden[186]). Dies ist es denn insbesondere, was diese Art des Floßbetriebs der Schifffahrt an die Seite stellt, und weshalb wir sie als „Floßfahrt" bezeichnet haben.

§. 76. Die oben zuerst genannte Hauptart des Flößens aber, nämlich die Flößerei mit ungebundenen, frei schwimmenden Hölzern, zerfällt wieder in die Verflößung der Klafterhölzer (Brennholzflößerei, Scheiterflößerei), und in die Flößerei mit Klötzen oder Blöcken, welche am Ort ihrer Bestimmung entweder zu Brennholz verspalten, oder zu Sägwaaren verarbeitet werden (Brennholz-Trumm-, oder Masseln-, und Sägklotzflößerei auch Wildflößerei

184) Ebendas. S. 343. ff., wo auch das Nähere in Betreff der verschiedenen Arten des Einbindens der Gestöre, d. h. der Vereinigung der einzelnen Hölzer mit einander nachgelesen werden kann.

185) Ebendas. S. 420. ff. Hieher gehören die großen Rheinflöße, welche einer schwimmenden Insel gleichen und eine Mannschaft von 500 Köpfen beherbergen. Vergl. auch H. Herman, Sammlung der Gesetze und Verordnungen in Bezug auf Rheinhandel und Schifffahrt. Mainz 1820—28. 1. Bd. S. 535—37.

186) Jägerschmid a. a. O. 2. Bd. S. 483. ff.

genannt). Bei der ersten Art des Floßbetriebs mit uneingebundenen Hölzern spricht man zwar auch von einem „Floß" (Scheiterholz); man darf jedoch hiebei nicht an eine nach Art eines Fahrzeugs zusammengefügte Anzahl Hölzer denken, wie beim Langholzfloße; vielmehr besteht hier der Floß aus einer Quantität Klafterholz, das zu gleicher Zeit in die Floßstraße, welche zuvor durch geeignete Vorkehrungen (insbesondere zu Sicherung der Wassergebäude und möglichster Verhinderung einer Störung des Betriebs der mechanischen Werke, auch zu Verhütung des Holzverlustes) hiefür tauglich gemacht wurde, eingeworfen („eingestreckt"), und frei schwimmend dem Strome des Wassers überlassen wird. Da sich natürlich viele Hölzer an den Ufern, oder an seichten Stellen u. dergl. anlegen, so muß dieses Holz (der s. g. „Schwanz" des Floßes) durch Arbeiter wieder in den Fluß der Floßstraße gestoßen und flott gemacht werden. Kann dies nicht mit den hiezu eingerichteten Werkzeugen („Floßhaken") vom Ufer aus geschehen, so läßt man entweder (bei seichtem Wasserstande) die zum „Nachschwanzen" des Floßholzes erforderliche Mannschaft mit entblößten Füßen, bei kalter Witterung Flößerstiefeln in das Wasser stehen, oder (wenn der tiefere Wasserstand und die starke Strömung dies nicht zuläßt) mit kleinen Kähnen (Dreiborden) oder Flößen (Floßplätzen) auf dem Wasser herumfahren, und so den Schwanz des Floßes mittelst ihrer Floßhaken nachrichten. Ein weiteres Geschäft ist endlich das Ausziehen oder „Fischen" des „Sinkholzes," d. h. derjenigen Hölzer, welche, weil sie entweder vor dem Einwerfen zu wenig getrocknet (ausgeleichtet) waren, oder weil sie zu lange im Wasser verweilen mußten, auf den Grund sinken. Dieses Geschäft wird gleichfalls von der Mannschaft, welche je nach Umständen entweder in dem Flusse herumwatet, oder auf Floßplätzen oder Dreiborden herumfährt und mit dem Haken das Holz herauszieht und ans Land setzt, besorgt. Am Schluß der Floßstraße ange-

langt, wird das Floßholz durch die hiezu eingerichteten Vorkehrungen (Flugfänge, Floßrechen) aufgehalten, sofort ausgezogen und auf dem Magazinirungs-Platze (Holzgarten) aufgebeugt und getrocknet [187]). Das Vorstehende wird genügen, dem geneigten Leser ein Bild dieser nächst der Langholzflößerei wichtigsten Art des Floßbetriebs zu geben und zugleich anschaulich zu machen, wie wesentlich beide Arten des Holztransportes von einander verschieden sind. Der Zweck dieser Brennholzflößerei ist in der Regel die Versorgung einer holzarmen oder wegen zahlreicher Bevölkerung außerordentlicher Quantitäten Brennholzes bedürftigen Gegend (z. B. großer Städte) mit Brennmaterial, welches auf diese Weise natürlich wohlfeiler beigeschafft werden kann, als auf der Achse. Schon deshalb, und weil ferner ein solches Unternehmen einen größeren Waldbesitz voraussetzt, da die Scheiterflößerei, wie aus dem Obigen erhellt, sich wegen kleinerer Holzquantitäten nicht austragen würde, ist es in der Regel die Regierung, welche von dieser Art des Wassertransports allein Gebrauch macht, um ihre in der Nähe von großen Städten oder herrschaftlichen Salinen und Hüttenwerken befindlichen Magazine mit Brennholz zu versehen. Ein Private wird seltener in den Fall kommen, diese Benutzungsart des Wassers in Anspruch zu nehmen [188]). Auf großen Flüssen und Strömen ist die

187) Eine genaue Beschreibung dieser Flößerei und der hiebei nothwendigen Vorrichtungen und Vorkehrungen findet sich bei Jägerschmid a. o. a. O. 2. B. S. 287—322. Vergl. auch v. Moser a. a. O. Bd. II. S. 201—203. Ferner Schmidlein, Handbuch der württembergischen Forstgesetzgebung. II. S. 165. Not. 7. und die Fortsetzung von Tscherning, in Widenmann's forstlichen Blättern. VIII. Heft. S. 292—298.

188) Ueber die ersten bekannten Scheiterflossunternehmungen in Frankreich und Deutschland, welche durch das im Text genannte Bedürfniß veranlaßt wurden, vergl. v. Moser a. a. O. Bd. 12. S. 18. 19. — 15. 16. — Ein Beispiel der Verleihung der Scheiterfloßgerechtigkeit bietet ein zwischen Herzog Ulrich von Württemberg und seinem Vogt Trautwein Behinger zu Großbottwar über Einrich-

freie Verflößung des Klafterholzes unthunlich, wogegen die kleinsten Flüsse und Bäche unter sonst günstigen Verhältnissen sich dazu um so eher benutzen lassen, als ihr Wasserstand, wenn geflößt wird, durch künstliche Mittel (Wasserstuben, Schwöllungen, Floßseen u. dergl.) vermehrt werden kann, und außerdem die Zeiten des günstigsten Wasserstandes (insbesondere die abgehenden Schnee- und Frühlingsgewässer) zum Floßbetriebe benutzt zu werden pflegen [189]).

§. 77. Noch will ich Weniges über die andere Art des Floßbetriebs mit ungebundenen Hölzern, nämlich die Brennholztrumm- und die Sägklotzflößerei beifügen, welche, da sie auf die gleiche Weise bewerkstelligt werden, füglich unter eine Kategorie sich bringen lassen. Diese ist die roheste und unzweckmäßigste Art des Floßbetriebs und wird daher auch „Wildflößerei“ genannt, auch wird sie immer seltener, weil das Brennholz zweckmäßiger durch Scheiterflößerei, das Sägholz besser in gebundenen Flößen verflößt wird. Das zu dieser Verflößung bestimmte Holz wird im Walde in Trumme oder Klötze von der erforderlichen Länge zerschnitten, welche Stück für Stück mit einem „Wasserzeichen“ bezeichnet, sonach an die Floßstraße geschafft und eingeworfen, wo sie entweder ihrem Schicksale auf gut Glück überlassen werden, bis ein günstiges Wasser sie aufnimmt, und an den Ort ihrer Bestimmung bringt, oder mit Hülfe natürlicher oder künstlich gespannter Wasser durch Arbeitsleute in den Fluß „eingerichtet“ und ebenso „nachgeschwanzt“ werden, wie wir bei der Scheiterflößerei gesehen haben. Endlich wird das Holz in dauerhaft erbauten stehenden Holzfängen gesammelt

---

tung einer Scheiterflößerei auf dem Murrfluß im Jahr 1517 abgeschlossener Vertrag dar. Vergl. Besold. Cons. 139. Hofacker a. a. O. S. 59. v. Moser a. a. O. S. 35. 63.

189) Jägerschmid a. a. O. S. 329. 330. v. Moser a. a. O. S. 8. Hofacker S. 13. Ferner Jägerschmid a. a. O. S. 288. v. Cancrin, Wasserrecht II. 6. Abh. 1. Cap. §. 4. 6. 9. Schmidlin a. a. O. II. Th. §. 362. S. 179. Hofacker a. a. O.

und ans Land geschafft, wo die Trumme in Scheiter zerspalten, die Sägklötze zu Schnittwaare verarbeitet werden. Die Nachtheile dieser Art des Floßbetriebs bestehen, neben häufigem Holzverlust durch Entwendung u. dergl., und neben bedeutender Verschlechterung des Holzes (welches oft Jahre lang in dem Flußbett herumliegt und, der Abwechslung der Temperatur ausgesetzt, mürb, anbrüchig, ja faul und unbrauchbar wird), in den namhaften Beschädigungen an Brücken, Uferbauten u. s. w. und den hiedurch hervorgerufenen Ersatzforderungen [190]).

§. 78. Aus der vorstehenden Schilderung der verschiedenen Arten des Floßbetriebs wird sich denn auch der Unterschied derselben untereinander in rechtlicher Beziehung leicht abnehmen lassen.

Wir haben oben (§. 68.) zwei Arten der Benutzung des fließenden Wassers unterschieden, und als charakteristisches Merkmal der ersten Art erkannt, daß der Gebrauch von Seiten des Einen den Gebrauch zu dem gleichen Zwecke von Seiten eines Anderen zuläßt, wogegen dies bei der anderen Benutzungsart nicht der Fall ist. Jenes charakteristische Merkmal haben wir insbesondere bei der Wasserbenutzung zur Schiff- und zur Floßfahrt zutreffend gefunden, weshalb auch diese Gebrauchsweise den öffentlichen Strom als Wasserstraße, d. h. als eine dem Gemeingebrauch freigegebene öffentliche Sache, gleich der Landstraße, charakterisirt. Wir haben sodann (§. 72. 73.) gesehen, wie dieser verschiedene rechtliche Charakter der in Frage stehenden Wasserbenutzungen von wesentlichem Einfluß

---

190) Vergl. Jägerschmid a. a. O. S. 322—327. v. Widenmann, forstl. Blätter a. o. N. 187. a. O. S. 286. Ein Beispiel der Verflößung des Sägholzes auf diese Weise giebt die bei v. Moser, Forstarchiv VII. S. 149. 150. beschriebene Blockflößerei auf der Murg nach Gernsbach; ferner ein Beispiel regelmäßigeren Floßbetriebs dieser Art des s. g. Haalholzflößen auf dem Kocher. Vergl. den oben N. 179. angeführten Bericht des Limpurg. Oberförsters Schäfer bei Moser a. a. O. II. S. 201—204. 213—216.

auf die Art und Weise seyn mußte, in welcher sich die regalen Rechte des Staats hinsichtlich des Wassergebrauchs bei beiden ausgebildet haben. Während nämlich bei der letzteren Classe von Wasserbenutzungen das Regal sich als ausschließliches Gebrauchsrecht des Staats darstellt, die verliehene regale Gerechtigkeit aber als eine Veräußerung und Uebertragung dieses ausschließlichen Rechts betrachtet werden kann, erscheint bei der ersten Classe der Wassernutzungen, zu welcher wir die Schiff- und die Floßfahrt gerechnet haben, das Regal mehr nur in der Eigenschaft eines Rechts der Beschränkung und Bevormundung des Gemeingebrauchs und der Belastung desselben mit Abgaben, die verliehene regale Gerechtigkeit erhält mehr den Charakter einer zwar nur mit besonderer Erlaubniß und gegen gewisse Gegenleistungen gestatteten, demungeachtet aber dem Belehnten nicht ausschließlich eingeräumten Benutzung.

Es ist nun unschwer einzusehen, daß, so gewiß die Flößerei mit verbundenen Hölzern (die Floßfahrt) gleichwie die Schifffahrt der ersteren Classe von Wasserbenutzungen angehört, ebenso gewiß die übrigen Methoden des Floßbetriebs in die letztere Classe gerechnet werden müßen. Der Scheiterfloß nimmt für kürzere oder längere Zeit die ganze Floßstraße ausschließlich in Anspruch. Zu dieser Art des Flößens und auf gleiche Weise zum Betrieb der Wildflößerei sind Anstalten erforderlich, um das Holz am Ort seiner Bestimmung aufzuhalten (Holzfänge, Floßrechen), welche, indem sie zugleich die Floßstraße so zu sagen abschließen, allein schon eine freie, allgemeine Benutzung des Wasserwegs unmöglich machen. Hier kann also von einer öffentlichen Wasserstraße vorhinweg nicht die Rede seyn. Es ergiebt sich ferner aus dem oben (§. 76.) in Betreff des Zwecks der Scheiterflößerei und der Art ihrer Ausführung Bemerkten, daß diese Floßmethode nur zum ausschließlichen Betrieb von Seiten Einzelner, insbesondere des Staats, geeignet ist, nicht aber

dem gemeinen, freien Gebrauch anheimgegeben werden kann, wie denn auch zu ihrer Ausübung gerade die großen Wasserstraßen nicht taugen, dieselbe vielmehr auf Benutzung der kleineren Flüsse und Bäche angewiesen ist, welche durch verschiedene künstliche Einrichtungen, als: Canäle (Floßgräben), Wasserstuben, Schwöllungen, Floßseen, Holzfänge u. s. w., hiefür tauglich gemacht werden. Aus diesen Gründen wird denn auch die Scheiterflößerei, eine Erfindung neuerer Zeit, welche dem Alterthum unbekannt gewesen zu seyn scheint, nicht als ein freier Gebrauch des Wasserwegs, vielmehr als ein Hinderniß dieses freien gemeinen Gebrauchs betrachtet [191]); überdies wird sie meist nur auf nicht öffentlichen fließenden Wässern ausgeübt, auf öffentlichen Flüssen aber selten, auf schiffbaren Strömen wohl gar nicht betrieben werden [192]). Hieraus erklärt sich ferner, wie das Floßregal, was die Flößerei mit unverbundenem Holze betrifft, den Charakter eines ausschließlichen Nutzungsrechts der Regierung (Regie), die Floßgerechtigkeit den eines

191) Eichhorn, Einleit. §. 269.

192) Mittermaier, Grundsätze, I. §. 230. Maurenbrecher, Lehrbuch. §. 295. S. 631. 632. Diejenigen Schriftsteller, welche nur die zur Schiff- und Floßfahrt tauglichen Flüsse für öffentliche erklären, sollten eigentlich von Flößerei mit freien Hölzern auf öffentlichen Gewässern gar nicht sprechen, zumal wenn sie, wie Maurenbrecher a. a. O. Not. 7., der Ansicht sind, daß das Floßregal für Floßen kaum anders denkbar sey, als auf schiffbaren Flüssen; denn wir haben oben gesehen, daß die Flößerei mit uneingebundenem Holze auf den schiffbaren Flüssen nicht betrieben werden kann. — Wenn einige neuere Schriftsteller das Recht mit unverbundenem Holze zu flößen, zum Unterschied von dem Recht mit Floßen zu fahren, jus grutiae nennen, so ist hier beiläufig zu bemerken, daß dieses Wort bei den älteren Schriftstellern das Floßrecht überhaupt bezeichnet, und für beiderlei Arten der Flößerei gebraucht wird. Seine etymologische Ableitung ist gänzlich räthselhaft, wie dies bei vielen ähnlichen im Mittelalter entstandenen juristischen Kunstwörtern (z. B. socida, mohatra, scultetus etc.) der Fall ist, und die Erklärung, welche Fritsch, de jure grutiae. Pag. 1. giebt, ist ebenso unklar, als das Wort selbst. Vergl. auch v. Moser, Forstarchiv XII. S. 21. Hofacker, S. 43.

verliehenen Privilegiums an sich trägt, wie das oben (§. 76. N. 188. und unten N. 205.) angeführte Beispiel zeigt.

Wenn wir uns nun zur Aufgabe gesetzt haben, die Conflicte zweier Arten der Wasserbenutzung, deren eine den Charakter eines freien, öffentlichen Gebrauchs des fließenden Wassers, die andere den eines ausschließlichen Privatgebrauchs trägt, zu erörtern, und wenn für das Resultat dieser Erörterung gerade die angegebene charakteristische Verschiedenheit von wesentlichem Einfluß seyn muß; wenn sodann nachgewiesen ist, daß die Betriebsmethoden des Flößens eben in diesem Punkte wesentlich von einander abweichen, so zwar, daß sie nicht alle mit der Schifffahrt den oben genannten rechtlichen Charakter theilen; so ist es natürlich, daß wir, dieser Verschiedenheit der Betriebsmethode des Flößens gehörige Rechnung tragend, nur die Betriebsweise, welche einen öffentlichen, freien Wassergebrauch darstellt, und daher in dieser Beziehung mit Grund der Schifffahrt an die Seite gestellt werden kann, die Flößerei mit eingebundenen Hölzern (Tragflößen), kurz die Floßfahrt, zum Gegenstand unserer Erörterung machen dürfen, die übrigen Methoden des Floßbetriebs aber hievon gänzlich ausschließen müssen.

§. 79. Nach dieser kurzen Abschweifung kehren wir zu den rechtlichen Verhältnissen in Betreff der Schiff- und der Floßfahrt auf öffentlichen Flüssen zurück. Das römische Recht kennt keine Beschränkung des gemeinen Gebrauchs öffentlicher fließender Gewässer zur Schiff- oder Floßfahrt, vielmehr war dieser Gebrauch gegenüber von anderen Benutzungsarten bevorzugt und durch Popularklagen geschützt, weil er der Natur des öffentlichen Flusses als gemeine Wasserstraße entsprechend angesehen wurde [193]. — Auch nach altem deutschen Rechte war die Schiff- und Floß-

193) Cfr. die Pandekten-Titel: 43, 12. — 43, 15.; ferner L. 10, §. 2. D. de aqua et aquae pluv. — L. 1. §. 1. D. ut in flum. publ. (43. 14.) — L. 24. pr. D. de damno infecto. (39. 2.)

fahrt keiner Beschränkung unterworfen. Selbst das Regalgesetz des Kaisers Friedrich I. (II. Feud. 56.), welches, wie wir oben (§. 35. 39.) gesehen haben, zu Ausbildung der Lehre von der Regalität so viel beitrug, hatte, was die Schifffahrt betrifft, keine andere Absicht, als die Zölle von derselben dem Kaiser zu vindiciren [194]). An eine ausschließliche Ausübung der Schifffahrt von Seiten des Staats dachte gewiß Niemand. Sogar die Eigenthums-Theoretiker und Fiskaljuristen des 16. und 17. Jahrhunderts, so geneigt sie waren, das Eigenthum der öffentlichen Flüsse mit allen Nutzungen dem Fiscus als Regal zu vindiciren, wagten es nicht, etwas der Art zu behaupten, und da sie hiedurch in Widerspruch mit sich selbst geriethen, halfen sie sich damit, daß sie sagten: der Regent sey vermöge der landesväterlichen Fürsorge für seine Unterthanen verpflichtet, denselben einen nützlichen Gebrauch, der für ihn unschädlich sey, zu gestatten [195]). Die besseren, wissenschaftlicheren Rechtslehrer dieser Zeit aber vindicirten die Freiheit der Schifffahrt als ein Recht des Volks mit großem Nachdruck, und gaben höchstens so viel zu, daß der Landesherr, vermöge seiner Souveränetät, aus politischen, staatsrechtlichen oder staatspolizeilichen Gründen die Schifffahrt verbieten, oder daß Jemand ein Recht hiezu durch unvordenkliche Verjährung erworben haben könne, bei welch letzterer sie aber ein Verbot, welchem stattgegeben worden, als nothwendiges Erforderniß voraussetzen [196]). Derselben Ansicht blieben die Rechts-

194) Vergl. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. II. Th. §. 362. Anmerk. S. 692. Mittermaier, Privatr. §. 200. Not. 24.

195) Cfr. Franc. Stypmannus, de jure maritimo et nautico. 1652. Pars II. Cap. 5. vers. 224—227. bei Fritsch, Jus fluviat, I. p. 17.

196) Joh. Ötinger, Abh. von Meeren und Flüssen in dess. Tract. de jur. Limit. L. 1. Cap. 12. u. L. 2. Cap. 2. (bei Fritsch, Jus fluv. I. p. 243. sq.) §. 27. Mtth. Wesembec, Cons. P. IV. Cons. 197. Thom. Merkelbach, Cons. in causa. Maynz ca. Hanau, das Marktschiff auf dem Maynstrom betr. (apud Klock, vol. 1. Cons. 5.) ap. Fritsch l. c. II. p. 108. — Consil. Argentor. vol. II. Cons. 62.

lehrer des vorigen Jahrhunderts treu und faßten die Regalität hier mehr vom Gesichtspunkt eines wahren Hoheitsrechts (Wasserhoheit, Floßhoheit) auf, oder leiteten hieraus weiter nichts, als die Befugniß der polizeilichen Beaufsichtigung und Beschränkung: Krahnen, Stappelrecht u. dergl., und etwa der Erhebung von Abgaben (Zöllen, Krahnen-, Stappelgebühren u. s. w.) ab [197]).

§. 80. Wenn auch bei der Flößerei sich die Regalität etwas weiter ausgebildet haben mag, so ist doch hinwiederum nicht zu vergessen, daß, wo vom Floßregal die Rede ist, häufig nur an die Flößerei mit unverbundenen Hölzern gedacht werden darf, bei welcher, wie wir gesehen haben, wesentlich andere Verhältnisse obwalten, und daß die älteren Schriftsteller, wenn sie vom Floßregal sprechen, auch das polizeiliche Aufsichtsrecht über die Flößerei, die Floßhoheit darunter begreifen. Uebrigens kommen nicht nur im 15. Jahrhundert in Deutschland Beispiele vor, daß Floßunternehmungen auf öffentlichen Flüssen von Privaten ohne besondere Concession des Landesherrn ausgingen, sondern in Kaiser Ferdinands II. erneuerter Landesordnung des Königreichs Böhmen vom J. 1627 heißt es sogar noch: „Ein jeder kann sein Holz auf der Elbe

---

De flum. et jure prohib. navigat. apud. Fritsch, l. c. II. p. 122—145. — Andr. Rauchbar, Cons. Pars. I. qu. 23. An Princips ad quem flum. reg. jure pertinent, navigationem in iis interdicire et prohibere possit? ap. Fritsch, l. c. p. 146—162. — P. Heig, Cons. L. II. quaest. 40. ap. Fritsch, l. c. p. 175. 179.

197) Sam. Stryk, Us. md. Pand. I. S. 135—38. — v. Rohr, Haushaltungsrecht. Leipz. 1716. VIII. B. V. Cap. §. 15. S. 1273. — Joh. Jak. Moser, von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers. Frkf. u. Leipz. 1773. Cap. 20. §. 3. S. 231. „Das Schifffahrtsrecht ist zwar — gewissermaßen Jedermann gemein und erlaubt; doch ist es insofern ein Regale und Stück der Landeshoheit, als es auch zugleich das Gesetzgebungsrecht u. dergl. mit unter sich begreift." — v. Cancrin, Wasserrecht. I. Abh. 1. Cap. 2. §. 100. S. 74. Cap. 3. §. 129. S. 88. III. Abh. 14. Cap. 2. §. 33. S. 143.

und anderen Flüssen hinflößen, wo es ihm gefällig" [198]), und in Sachsen, wo schon seit Anfang des 15. Jahrhunderts Scheiterflößerei betrieben wurde, wird erst in einer Urkunde vom Jahr 1697 des Floßregals gedacht, und zwar in einem Zusammenhang, welcher mehr auf die polizeiliche Seite dieses Rechts (die Floßhoheit) hinzuweisen scheint [199]); ja die Langholzflößerei scheint daselbst im 17. Jahrhundert noch frei von jedweder Belästigung durch Regalität ausgeübt worden zu seyn [200]). Für Würtemberg wurde schon in dem Vertrag vom Jahr 1484 (zwischen dem Erzherzog von Oesterreich, wegen seiner Vorderösterreichischen Besitzungen in Schwaben, den Grafen von Württemberg, und der Stadt Eßlingen) „wegen des Flößens und Fischens im Neckar," festgesetzt: daß allermenniglich, der solich Flossen bruchen will, er sey arm oder reich, für sich selbst und seiner Habe, welicherley Holz er führt, in jeglicher vorgemellter Parthey Gebuett frey und sicher seyn, auch Fried und Gelaidt darinne haben" solle, daß auch „sust keinen, der sich solch Flössens gebruchen will, ainich Gebot, noch Ufhaltung beschehen, sondern einen jeglichen zu fahren, als wie er will, freyen Willen zugelassen, und gegeben, und ainichs Zoll oder Beschwerdt, uff sollich Flössen, und dero Habe gesetzt, noch angemuotet werden" solle „ußgenommen den Zoll zu Loffen, der soll geben und genommen werden, wie bisher uff dem Wasser daselbs beschehen ist, ohne Höher Staigung uhngefahrlich," — und dieser Punkt wurde auch später durch Art. VIII. des Vertrags vom Jahre 1740 von den-

---

198) Geschichte des Holzflößens in Moser's Forstarchiv. Bd. XII. S. 16. Not. 18. 19. Auch in Schlesien war im 17. Jahrh. das Flößen noch gemein; ebendas. S. 59.

199) Ebendas, S. 54. Not. 62.

200) Ebendas. S. 57. Not. 69.

selben Paciscenten wörtlich bestätigt [201]). Ein deutlicher Beweis, daß von einem Floßregal in Beziehung auf den Neckar im Sinne eines ausschließlichen Nutzungsrechts der Regierungen nicht die Rede seyn konnte, daß vielmehr derselbe als offene Wasserstraße erklärt wurde. Wie überhaupt in Schwaben die Langholzflößerei niemals von den Landesherrn ausschließlich (in Regie) betrieben wurde, beweisen auch die verschiedenen Privatvereine und Schifferzünfte, welche seit undenklicher Zeit vom Schwarzwalde aus die Flößerei auf eigene Rechnung treiben [202]). Wenn demungeachtet in einem württembergischen Landtagsrezeß vom Jahre 1739 von dem „uns competirenden regali juris grutiae" und der hierauf bezüglichen Verflößung des holländischen Holzes (Langholzflößerei) die Rede ist, so ist hiemit, dem Zusammenhang zufolge, weiter nichts gemeint, als das Recht: „die Einrichtung dieses commercii nach Thunlichkeit zu reguliren," d. h. mit anderen Worten: die Floßhoheit, und die Befugniß von der Flößerei ein Concessionsgeld zu erheben; nicht aber die Befugniß, solche nach Gefallen zu erlauben oder zu verbieten [203]). Auf ganz ähnliche Weise wird auch in der „Zunftordnung vor das würtenbergische Schifferthum zu Schiltach auf der Künzig vom Jahre 1766 [204]) festgesetzt: daß das Oberamt Hornberg „Unsere jura territorialia, sofern solche auf das Flozwesen einen Rapport haben, nebst denen uns zuständigen Floz- und Zollregalien, privative zu tuiren sich angelegen seyn lassen, uud auf die von Benachbarten diesfalls geschehende Eingriffe — ein wachsames Auge haben solle." — Nur die Scheitholzflößerei

201) Ebendas. S. 67. 68. 121. Real-Inder der Württemb. Forstordnung. S. 134. Schmidlin, Forstgesetzgebung. II. §. 365. Hofacker a. a. O. S. 57.

202) Cfr. v. Moser a. a. O. XII. S. 42. ff. Schmidlin, Forstgesetzgeb. II. §. 355. Not. 3.

203) Bei Breyer, Elementa Juris Publ. Wirtemberg. 2. Aufl. Stuttg. 1787. §. 296. Not. a. auch Hofacker a. a. O. S. 58.

204) v. Moser a. a. O. S. 184.

wird im Württembergischen auf der Rems schon längere Zeit und auf der Enz, der Nagold und dem Kocher neuerdings gleichfalls vom Staate selbst (regiemäßig) betrieben. Allein hier bringt es die Natur der Sache mit sich, daß diese Art des Flößens nicht unbedingt Jedem freistehen kann, daher ist auch da, wo sie vom Staat an Einzelne überlassen wird, immer eine spezielle Concession des Landesherrn zu einem solchen Unternehmen erforderlich, welche, gleich den Mühlconcessionen, den Charakter der Verleihung eines ausschließlichen Rechts hat[205]). s. oben §. 78.

Schon diese wenigen historischen Andeutungen zeigen, in welchem Sinne das Floßregal aufgefaßt werden muß, daß es nämlich, was die Floßfahrt betrifft, immer nur ein Recht geblieben ist, für die Flößerei gewisse Abgaben zu erheben, nicht aber ein ausschließliches Nutzungs- oder auch nur ein willkührliches Bewilligungsrecht der Regierungen, denn einem solchen würden schon die hinsichtlich fast aller bedeutenderen Flüsse bestehenden Staatsverträge über freie Flößerei und Schifffahrt entgegengestanden seyn.

§. 81. Hiedurch werden wir von selbst auf einen weiteren Umstand geführt, welcher für das Verhältniß der Regalität zu der Schifffahrt und Floßfahrt auf öffentlichen Flüssen von Erheblichkeit ist, nämlich den öffentlichen, merkantilischen Verkehr auf den Wasserstraßen und die demselben eingeräumten Erleichterungen und Freiheiten durch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen der Staaten unter einander. Schon zu den Zeiten des deutschen Reichs wurde die Schifffahrt auf dem Rhein und anderen schiffbaren Flüssen begünstigt und deren Freiheit in den verschiedenen

---

205) Eichhorn, Einleit. §. 269. e. Maurenbrecher, Lehrb. §. 295. Ein Beispiel einer solchen Concession wurde oben Not. 185. aus dem 16. Jahrh. angeführt, wo das Scheiterflößen auf der Murr (in Württemberg) von dem Landesherrn an verschiedene Personen nach einander (d. h. nach erfolgtem Heimfall des dem Einen verliehenen Rechts, wieder an einen Andern) als ausschließliche Gerechtigkeit („Privilegium und Freiheit") verliehen wurde.

Reichsgesetzen ausgesprochen; insbesondere enthalten die Wahlcapitulationen der Kaiser Bestimmungen gegen Vornahme von Wasserbauten, welche der Schifffahrt hinderlich seyn könnten, gegen Sperrung und Verhinderung des Verkehrs auf den Wasserstraßen, gegen Auflegung übermäßiger und eigenmächtiger Zölle für Benutzung der letzteren, gegen Belästigung des Handels durch Anmaßung von Zwangs-Niederlage- und Stapelrechten von Seiten einzelner Fürsten und Stände des Reichs [206]). Die Wiener Congreßakte stellt nicht nur Vereinbarungen aller Staaten, welchen ein schiffbarer Fluß gemeinschaftlich ist, über die Schifffahrt auf demselben in Aussicht, sondern verspricht auch vollständige Freiheit der Schifffahrt auf diesen Strömen von der Stelle an, wo sie schiffbar werden bis zu ihrer Mündung, sowie auf ihren (schiffbaren) Nebenflüssen in der Art, daß die Schifffahrt in Bezug auf den Handel Niemand soll untersagt werden können [207]). Diese Bestimmungen der Wiener Congreßakte wurden zunächst in Beziehung auf den Rhein und dessen Nebenflüsse Neckar, Main, Mosel (sowie auf die Maas und die Schelde) durch den Vertrag vom 24. März 1815 in Wirksamkeit gesetzt, welchem später im Jahre 1831 die definitive Rheinschifffahrts-Ordnung folgte [208]),

206) Wahlkapitulation Kaiser Joseph's II. Art. VIII. §. 7. — Wahlkapitulation Kaiser Franz. II. vom J. 1792. Art. VIII. §. 6. 7. 8. 10. 12. 17. 18. 22. 23. Art. VII. §. 1. 2. Landfriede v. 1548. §. 1. Westphäl. Friede. Art. IX. §. 1. 2. — Joh. J. Moser, von der Landeshoheit, Cap. 17. §. 3. S. 202.; derselbe, deutsches nachbarl. Staatsrecht. III. Buch. 15. Cap. §. 17. S. 442. Fischer, Lehrbegriff sämmtl. Cameral- und Polizeirechte. III. Cap. 1. §. 4. 5. S. 3. 4. — v. Cancrin, Wasserrecht. I. Abh. 1. Cap. 3. §. 129. S. 88. III. Abh. 14. Cap. 2. §. 22. S. 136,

207) Wiener Congreßakte vom 9. Juni 1815. Art. 108. 109. 110.

208) Schon der Reichsdeputat.-Hauptschluß vom 25. Febr. 1809. §. 39. hatte alle auf dem rechten und linken Ufer erhobenen Rheinzölle (mit Vorbehalt der Eingangsgebühren und des Schifffahrtsoctroi) aufgehoben. Ueber dieses Octroi wurde unter dem 15. Aug. des Jahres 1804 zu Paris eine Convention abgeschlossen.

an die sich die in neuester Zeit zwischen Württemberg, Baden und Hessen-Darmstadt getroffene Convention über die Neckarschifffahrt, und die derselben gemäß erlassene Schifffahrtsordnung für den Neckar vom 1. Juli 1842 anschließt [209]). Desgleichen wurde über die Schifffahrt auf der Elbe und der Weser im Jahre 1821 und 1823 entsprechende Verträge zwischen den betreffenden Uferstaaten abgeschlossen [210]). Alle diese Verträge und Schifffahrtsordnungen erklären übereinstimmend mit dem oben angeführten Inhalt der Wiener Congreßakte die Schifffahrt auf den betreffenden Flüssen für frei in Beziehung auf den Handel [211]). Im Uebrigen wird die Ausübung der Schifffahrt nur in so weit einer Beschränkung und Controle der Regierungen unterworfen, als dies polizeiliche Rücksichten nothwendig erscheinen lassen [212]). Die Abgaben, welchen die Schifffahrt nach den genannten Verträgen unterworfen ist, sind die Schiffsgebühr oder das Recognitionsgeld, welche von den Fahrzeugen, und der Wasserzoll (Rheinzoll, Elbezoll, Weserzoll), welcher nach dem Gewicht der Ladung erhoben wird [213]). Erstere Abgabe, die sich

209) Königl. Württ. Verordnung vom 9. Febr. 1843. Reg.-Blatt S. 147.

210) Elbschifffahrtsakte vom 23. Juni 1821. Weserschifffahrtsakte vom 10. Sept. 1823.

211) Vertrag vom 24. März 1815. Art. I. und d. Separatart. über Neckar, Main xc. Art. I. Rheinschifffahrts-Ordnung vom 31. März 1831. Art. 1. Neckarschifffahrts-Ordnung Art. 1. 2. Elbschifff.-Akte Art. 1—3. Weserschiff.-Akte Art. 1—3.

212) Separatart. der Wiener Congreßakte in Bezug auf die Rheinschifffahrt vom 24. März 1815. Art. XXI. Rheinschifffahrts-Ordnung von 1831. Art. 1. Ferner Tit. IV. Art. 42—47. Tit. VI. insbes. Art. 53. — Neckarschifffahrts-Ord. vom J. 1842. IV. Tit. Art. 42—45. — Elbschifffahrtsakte Art. IV. — Weserschifffahrtsakte §. 2. 4.

213) Rheinschiff.-Ord. Art. 14. — Neckarschiff.-Ord. Art. 8. — Elbschifffahrts-Akte Art. VII. — Weserschiff.-Akte §. 14.; nach letzterem Vertrag wird nur ein Zoll von den Ladungen erhoben, die Verpachtung dieser Abgaben ist untersagt.

nach der Ladungsfähigkeit der Schiffe berechnet, kann als ein Ueberbleibsel der Regalität, als eine Art Concessionsgeld für die Wasserbenutzung betrachtet werden, letztere ist eine den Chaussee- und Weggeldern für Benutzung der Landstraßen, oder aber dem Zoll (vectigal) überhaupt, analoge Abgabe, und läßt sich daher nicht auf die Regalität zurückführen, sie muß vielmehr als eine Steuer angesehen werden [214]. Es wird kaum der Bemerkung bedürfen, daß die angeführten Verträge auf die Floßfahrt die gleiche Anwendung finden, wie auf die Schifffahrt. Bei ersterer fällt natürlich die Schiffsgebühr oder das Recognitionsgeld weg, und wird die Abgabe des Zolls, nach Maasgabe des cubischen Inhalts der Stämme, aus welchem sonach das Gewicht berechnet wird, erhoben [215].

Wir sehen hieraus wie es sich mit dem Schifffahrts- und Floßregal in Beziehung auf die wichtigsten schiffbaren Flüsse und ihre Nebenflüsse [216] in Deutschland verhält, d. h. daß im Grunde genommen von diesen Regalien nichts mehr übrig geblieben ist, als etwa das Recht der Regierungen, eine Abgabe zu erheben, wenn man das oben angeführte Recognitionsgeld oder die Schiffsgebühr als eine regale Abgabe ansehen will. Ganz unrichtig wäre es dagegen, wenn man die nach dem Obigen Kraft der Verträge den Regierungen allerdings zukommende Befugniß, die Ausübung der Schifffahrt von Seiten der Einzelnen von ihrer Bewilligung abhängig zu machen, für einen Ausfluß des Schifffahrtsregals halten wollte, während dieses Recht offenbar auf die Wasserhoheit zurückgeführt werden muß, wie auch die Verträge über den rein polizeilichen Zweck desselben nicht den geringsten Zweifel übrig lassen;

---

214) Vergl. Maurenbrecher, Lehrb. §. 179. S. 393.

215) Vergl. Rheinschiff.-Ord. Art. 21. Abh. 3. — Art. 29.

216) Sep.-Art. der Wiener Congreßakte in Beziehung auf die Schifffahrt auf dem Neckar, Main u. s. w. Ferner die Neckarschiff.-Ord. von 1842. — Elbschiff.-Akte Art. XXXII. — Weserschiff.-Akte §. 49.

abgesehen davon, daß dasselbe, wollte es aus einem regalen ausschließlichen Nutzungsrechte der Regierungen abgeleitet und daraus die Befugniß der letzteren, die Bewilligung nach Willkühr zu verweigen, gefolgert werden, mit dem übrigen Inhalt der Verträge und dem Motive derselben, möglichste Freiheit der Schifffahrt und des Handels zu befördern, im grellsten Widerspruche stehen würde [217]).

§. 82. Allein man könnte glauben, daß immerhin in Beziehung auf die kleineren nicht schiff-, aber doch floßbaren Flüsse ein Floßregal in Deutschland in dem Sinn bestehe, daß die Benutzung dieser Flüsse zur Floßfahrt ganz allein der Regierung zukomme, und es daher in der Willkühr der letzteren liege, den Einzelnen den Gebrauch zu bewilligen oder zu verweigern.

Wenn hiegegen schon die Analogie der Floßfahrt und die in den kaum erwähnten Staatsverträgen enthaltene oder doch in Aussicht gestellte Gleichstellung der Rechtsverhältnisse der Nebenflüsse in Beziehung auf Schifffahrt und Handel mit den Hauptströmen spricht [218]), so läßt sich auch abgesehen davon zeigen, wie das Floßregal in Deutschland wohl nirgend dazu mißbraucht wurde, die natürlichen Wasserstraßen dem Verkehr zu sperren. Ich kann mich in dieser Beziehung darauf beschränken, auf die oben angeführten historischen Notizen und den öfter allegirten Aufsatz in Moser's Forstarchiv XII. Bd.: „Geschichte des Holzflößens, besonders in Schwaben" betitelt, mich zu berufen, und will nur das spezielle Beispiel von Württemberg wieder anführen, wo von der Langholzflößerei auf den Nebenflüssen des Neckars (Enz, Nagold) zwar Abgaben, insbe-

---

217) Nach Art. 44. der Rheinschiff.-Ord. Art. 42. der Neckarschiff.-Ord. sind insbesondere alle Schiffergilden und Zünfte aufgehoben, und ist die Zahl der Schiffer nicht beschränkt.

218) Rheinschiff.-Ord. Art. 9. 10. — Elbschiff.-Akte Art. XXXII. — Weserschiff.-Akte §. 49., vergl. auch Wiener Congreß-Akte Art. 110. und Separatart. zu dieser Akte (Annexe XVI.) in Beziehung auf die Rheinschifffahrt. Art. II.

sondere ein s. g. Floßconcessionsgeld, welches eine Art Recognitionszins für Benutzung des Wasserregals ist, erhoben werden [219]), aber nirgend eine Beschränkung der Langholzflößerei auf diesen Flüssen in der Art besteht, daß nur Einzelnen eine besondere Concession, als ausschließliches Privilegium, zu diesem Behufe ertheilt würde [220]). In diesem Sinne faßt schon der bereits oben (bei Not. 203.) angeführte Landtagsreceß vom Jahre 1739 das Floßregal auf, indem er aus demselben nur das Recht ableitet, von der Langholzflößerei ein „Concessionsgeld" zu beziehen, im Uebrigen die Zusage giebt, daß das Floßwesen „zu mehrerer Emporbringung und Facilitirung des commercii eingerichtet werden solle," und in den Motiven zu einem im Jahre 1835 den Ständen vorgelegten Entwurf einer Flußbauordnung wird in ähnlicher Weise das Schifffahrts- und Floßregal als das Recht des Staats bezeichnet: „die Bedingungen festzusetzen, unter welchen die fließenden Gewässer zur Schifffahrt oder zur Flößerei gebraucht werden dürfen" und „Gebühren für den Gebrauch der Wasserstraßen" zu erheben [221]).

§. 83. Als historische Notiz mag hier noch beigefügt werden, daß selbst in Beziehung auf die Flößerei mit unverbundenen Hölzern, obwohl sich dieselbe, wie wir (§. 76. 78.) gesehen haben, nicht zur freien gemeinschaftlichen Ausübung auf offener Wasserstraße eignet, und daher zu Entstehung eines Floßregals im strengen Sinne (d. h. des regiemäßigen Floßbetriebs) weit mehr Anlaß giebt, daß selbst hier, sage ich, die Regalität nicht überall sich so weit ausgebildet hat. Schon aus den bisher angeführten historischen Notizen ergiebt sich nämlich, daß diese Art der

---

219) v. Widenmann, forstl. Blätter. VIII. Heft. Tüb. 1842. S. 281. Auf dem Neckar ist der Holzzoll für Württemberg gänzlich aufgehoben. Verord. vom 16. März 1840. Reg.-Bl. S. 133.

220) v. Widenmann a. a. O. S. 280—286. — Schmidlin, Forstgesetzgeb. II. §. 354. 355.

221) Verhand. der Kammer der Abgeordneten von 1835. Bd. 3. S. 314., auch Hofacker a. a. O. S. 60.

Flößerei nicht immer und überall in Deutschland als ausschließliches Recht der Regierungen angesehen wurde. Das oben bei Not. 199. in Beziehung auf Sachsen Bemerkte bezieht sich auf die Scheiterflößerei [222]), welche hienach in letzterem Lande Jahrhunderte lang ohne Beschränkung durch Regalität betrieben worden zu seyn scheint.

Nach einer weiteren Notiz in Moser's Forstarchiv [223]) hatten die Städte Culmbach, Hof und Wunsiedel im Brandenburg-Bayreuthschen das Recht, ihr benöthigtes (Brenn-)Holz selber herbeizuflößen, und die Herrschaft überließ sogar ersterer Stadt jährlich eine gewisse Quantität Brennholz aus Staatswaldungen in ganz geringem Preise zu diesem Zwecke. Sodann zeigen die gleichfalls oben (§. 77. Not. 190.) angeführten zwei Beispiele, daß auch die Wildflößerei in Deutschland nicht allgemein als Regal betrachtet werden kann; denn nicht nur ist die seit vielen hundert Jahren von der „Schifferschaft zu Gernsbach" vermöge althergebrachten Rechts (also nicht vermöge ertheilter Concession) [224]) auf dem Murgflusse betriebene Klotzflößerei ein schlagendes Beispiel gegen die Allgemeinheit des Floßregals auch bei dieser Betriebsweise, sondern auch die unter der Herrschaft der Grafen von Limpurg und der Reichsstadt Hall in Schwaben von den sog. „Floßbauern" betriebene Wildflößerei auf dem Kocherflusse, mittelst welcher die Saline zu Hall ihren Holzbedarf bezog, giebt einen weiteren Beleg hiegegen an die Hand [225]), wie denn auch jetzt noch auf dem Kocherflusse die Verflößung von Sägblöcken den Privaten gegen Entrichtung eines Floßconcessionsgeldes gestattet ist.

§. 84. Nachdem ich nun gezeigt zu haben glaube, in welcher Bedeutung das Schifffahrts- und Floßregal, wie es in Deutschland wirklich besteht, aufgefaßt werden muß; wollen

---

222) v. Moser a. a. O. XII. Bd. S. 57.
223) Derselbe a. a. O. S. 61.
224) Derselbe VII. S. 146.
225) Derselbe II. Bd. S. 194.

wir auch sehen, wie unsere neueren Schriftsteller dasselbe darstellen. Ich kann mich hier auf die bekanntesten Compendien des deutschen Privatrechts, welche ich auch bisher benutzt habe, beschränken. Runde, der Vater der neueren Wissenschaft des deutschen Privatrechts, folgt so ziemlich der oben (§. 79. Not. 179.) angedeuteten Ansicht und behauptet demgemäß: wo die Schifffahrt überhaupt frei sey, oder nur gegen die gewöhnlichen Zölle geübt werde, da lasse sich unter gleicher Bedingung der Regel nach auch freie Ausübung des Floßrechts behaupten. Außerdem sey dieselbe von der Erlaubniß des Landesherrn abhängig [226]. Dieser Schriftsteller weiß demnach nichts von einem Floßregal in dem Sinne, wie man vom Mühlregal spricht, d. h. als einem ausschließlichen Recht des Staats, vielmehr erklärt er die Flößerei gleich der Schifffahrt entweder für frei, oder wo dies nicht der Fall ist, zwar die Ausübung derselben für an die landesherrliche Erlaubniß gebunden, nicht aber für ein Monopol der Regierung. Von einem Schifffahrtsregal insbesondere findet sich bei diesem Schriftsteller gar nichts. —

Eichhorn bemerkt zunächst in Beziehung der Schifffahrt: die Befugniß zu Betreibung derselben als Gewerbe hänge von den Bestimmungen der Landespolizei ab und könne daher zünftig seyn. Eine Art der Schifffahrt sey das Flößen, sofern es mit Trag- oder Zimmerflößen (rates) geschehe. Das Flößen mit unverbundenem Holze sey hingegen auf Privatgewässern ein Recht des (ächten) Eigenthums, sofern es vom Landesherrn nicht als Regal hergebracht ist; auf gemeinschaftlichen Gewässern könne es, weil es meistens als ein Hinderniß des freien gemeinen Gebrauchs betrachtet werden müßte, oder Beschädigung der Miteigenthümer veranlasse, selten und auf öffentlichen Flüssen nie anders, als vermöge einer landesherrlichen Concession

226) Runde, Grundsatz des gemeinen deutschen Priv.-Rechts. 8. Aufl. Göttingen 1829. §. 107. S. 105.

ausgeübt werden, die sich unter Voraussetzung der Entschädigung der Betheiligten aus den nämlichen Gründen rechtfertige, wie das Schiffbarmachen der Flüsse [227]). Demnach weiß auch dieser Germanist nichts von einem Schifffahrtsregal, sondern lediglich von der Beschränkung der Schifffahrt vermöge der Gewerbepolizei [228]). Der Schifffahrt stellt aber Eichhorn die Floßfahrt ganz gleich; somit giebt es für ihn auch kein Floßregal in Beziehung auf letztere. Die Scheiterflößerei und Wildflößerei (Flößen mit unverbundenem Holze) wird nach Eichhorn an polizeiliche Concession geknüpft, weil diese Art des Floßbetriebs auf öffentlichen Flüssen als ein Hinderniß des freien gemeinen Gebrauchs betrachtet werden muß. Hieraus ist klar ersichtlich, daß sich auch bei diesem Schriftsteller keine Spur eines eigentlichen Schifffahrts- oder Floßregals in Beziehung auf öffentliche Flüsse mehr findet, denn selbst die für die Flößerei mit unverbundenem Holze verlangte Concession ist nach Eichhorn eine rein polizeiliche, und somit aus der Wasserhoheit, nicht aus der Regalität abzuleiten (vergl. oben §. 42. Not. 86. und §. 49. bei Not. 108).

§. 85. Mittermaier [229]) gedenkt jedoch wieder des Floßregals, wogegen auch dieser Autor nichts von einem Schifffahrtsregal erwähnt. Derselbe führt nämlich unter Rubrik: „Beschränkungen durch Regalität" das Floßrecht auf, und unterscheidet hier 1) die Floßfahrt und das darauf bezügliche Recht, als das Recht, das Wasser mit in Balken zusammengefügten Holzstücken als Transportmitteln von Personen oder Sachen zu befahren, 2) die Flößerei, bei welcher einzelne Holzstücke auf dem Wasser herabgeschwemmt werden (Scheiter- und Wildflößerei). Nur die erste Art stellt Mittermaier der Schifffahrt gleich, und

227) Eichhorn, Einleit. §. 269.

228) Vergl. übrigens das oben Not. 217. Bemerkte.

229) Mittermaier, Grundsätze I. §. 230.

erklärt einen Fluß, auf welchem Floßfahrt ausgeübt wird, für einen öffentlichen. Insofern auf einem solchen ohne Erlaubniß der Regierung die Floßfahrt nicht ausgeübt werden könne, spreche man von einem Floßregal. Die Ausübung der Floßfahrt sey in jedem Falle wegen des Einflusses auf Uferbau, auf Mühlen und Schifffahrt immer der Oberaufsicht der Landespolizeibehörde und den besonderen Vorschriften über die Ausübung des Floßrechts unterworfen. Demnach nimmt Mittermaier zwar ein Floßregal an; jedoch nur in dem Sinne, in welchem wir oben (§. 80. a. E. §. 81. bei Not. 217.) dieses Recht der Regierung aufgefaßt haben, wenn er gleich der Abgabe nicht ausdrücklich gedenkt. Auffallend bleibt freilich die Nichterwähnung des Schifffahrtsregals um so mehr, als Mittermaier die Floßfahrt der Schifffahrt unbedingt gleichstellt [230]).

Maurenbrecher [231]) endlich stellt ein besonderes Schifffahrtsregal auf, und zählt das Floßregal zu den Unterarten desselben. Ersteres bezeichnet er als das ausschließliche Recht der deutschen Regierungen, die Schifffahrt auszuüben, d. h. zum Transport von Personen und Sachen mit Schiffen die Ströme zu befahren. Dieses Recht kann von Privaten durch Concession der Regierung erworben werden, und die von einem Privatmanne erworbene Ausübung des Schifffahrtsregals heißt: die Schifffahrtsgerechtigkeit [232]). Das Floßregal ist nach Maurenbrecher das Recht, kraft dessen die Regierungen ausschließlich befugt sind, auf floßbaren Gewässern Holz hinabzuschwemmen. Auch Maurenbrecher unterscheidet, wie Mittermaier, zwei Formen des Floßregals nach den verschiedenen Ausübungsarten der Flößerei, und rechnet die Flößerei mit unverbundenem Holze unbedingt zur Schifffahrt, daher „zwischen dieser Form des

230) Mittermaier, §. 222 a. §. 230.
231) Maurenbrecher, Lehrbuch. §. 294. 295.
232) Ebendaselbst. S. 629.

Floßregals und der eigentlichen Schifffahrt gar kein Unterschied ist," somit auch „dem Rechte nach nicht stattfindet." Wogegen die Regalität hinsichtlich der anderen Form des Floßbetriebs, der Flößerei mit unverbundenem Holze, keine Vermuthung für sich hat, ja überhaupt nur in Beziehung auf öffentliche Gewässer vorkommen kann.

Wir sehen hieraus, daß Maurenbrecher seine Ansicht systematisch durchzuführen weiß. Weil nach seiner, wie nach der unmittelbar vorher angeführten Theorie von Mittermaier nur die schiffbaren Flüsse für öffentliche gehalten werden dürfen, und weil er die Floßfahrt der Schifffahrt unbedingt gleich achtet, ein Floßregal aber nach der Ansicht der Mehrzahl der Rechtslehrer, sowie der Erfahrung gemäß besteht, so wird er zu der Consequenz geführt, auch ein Schifffahrtsregal, als gemeinrechtliches Regal, anzunehmen, wiewohl er hierbei mit der Ansicht der meisten neueren Rechtslehrer, welche dieses Regal mit Stillschweigen übergehen, sowie mit dem historischen Sachverhalte, wie wir ihn kurz zuvor entwickelt haben, in Widerspruch geräth [233]). Denn wir haben gesehen, daß ein Schifffahrtsregal, wie Maurenbrecher solches nach dem oben Bemerkten annimmt, als gemeinrechtliches Regal in Deutschland eigentlich nie existirt hat und gegenwärtig am wenigsten existirt. — Maurenbrecher kommt aber auch mit der von ihm selbst aufgestellten Begriffsstimmung eines Regals in Conflict, wenn er [234]), durch das bestehende positive Recht genöthigt, demungeachtet zugesteht, daß für die vermöge des Schifffahrtsregals ertheilte Concession keine Abgaben gebräuchlich seyen.

Wir haben nämlich oben (§. 45. 46. bei Not. 94. 98.) eines Breiteren ausgeführt, wie die Nutzbarkeit, d. h. der Umstand, daß die Regierungen aus den Regalien einen

---

233) Maurenbrecher, §. 294. Not. 1., wobei zu bemerken ist, daß Eichhorn, Einleit. wie wir oben gesehen haben, eigentlich nichts von einem Schifffahrtsregal weiß.

234) Ebendas., Lehrb. §. 294. nach Not. 6.

finanziellen Nutzen, namentlich durch die Verleihung regaler Gerechtigkeiten, ziehen, ein wesentliches Merkmal der Regalität ist, welches insbesondere die Regalien von den (wesentlichen) Hoheitsrechten unterscheidet, und haben als Gewährsmann hiefür insbesondere Maurenbrecher allegirt, welcher wegen dieser Eigenthümlichkeit den Regalien (im engeren Sinne) sogar die Benennung Finanzregalien beilegt [235]). Wie kann nun dieser Schriftsteller demungeachtet zugeben, daß Abgaben für die Concession der Schifffahrt nicht gebräuchlich seyen? Liegt hierin nicht das Bekenntniß, daß das angebliche Schifffahrtsregal kein Regal im eigentlichen, vom Verfasser selbst bezeichneten Sinne, daß die Concession keine Verleihung eines regalen Rechts, vielmehr nur eine polizeiliche Erlaubniß sey? [236]). Wir sehen hieraus, wie sich die Annahme eines Schifffahrtsregals in dem von Maurenbrecher festgehaltenen Sinne mit dem bestehenden Rechte einer-, und mit dem Begriffe der Regalität andererseits zu gleicher Zeit nicht vereinbaren läßt, und daher nicht für begründet gehalten werden kann. Hieraus folgt aber weiter, daß Maurenbrecher im Grund genommen nach seiner Theorie auch kein Floßregal in Beziehung auf die Floßfahrt statuiren dürfte, weil letztere von ihm für eine Art der Schifffahrt erklärt wird [237]).

Blicken wir auf diese Darstellung des Schifffahrts- und Floßregals, wie sie in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts seit ungefähr einem halben Jahrhundert (von Runde, erste Aufl. 1791, bis Maurenbrecher 1840) sich ent-

---

235) Maurenbrecher, §. 269. Not. 5. Derselbe, Staatsrecht. §. 206. S. 384.

236) Cfr. oben Not. 86. und 108.

237) In Württemberg insbesondere ist nach dem Zeugniß von Hofacker a. a. O. S. 36. Not. 8. der finanzielle Gesichtspunkt bei der Schifffahrt ganz verlassen, und wird daher auch von einem Schifffahrtsregal nicht gesprochen. Auch kommen ausschließliche Schifffahrtsgerechtigkeiten in Württemberg wenigstens auf dem Neckar nicht vor. Vergl. oben Not. 217.

wickelt hat, zurück; so finden wir zuerst, als strengen Gegensatz gegen die oben näher bezeichnete Proprietätstheorie, bei Runde und noch mehr bei Eichhorn die Regalität in Beziehung auf Flößerei und Schifffahrt fast ganz verwischt; — bei Mittermaier, nachdem der unrichtige Begriff jener Proprietätstheoretiker von der neuen Wissenschaft bereits überwunden und der wahre Sinn des Regals wiederhergestellt worden war, auch das Floßregal wieder in sein Recht eingesetzt, und bei Maurenbrecher endlich, welcher zuerst unter den Neueren eine abgerundete Theorie der Regalitätslehre geschaffen hat, das Floß- wie das Schifffahrtsregal an seinen geeigneten Platz im System zurückgebracht. Freilich ist in Beziehung auf diese restitutio in integrum die Praxis nicht ganz Hand in Hand mit der Theorie gegangen, vielmehr scheint hier die Bedeutung der Regalität in Beziehung auf Schifffahrt und Flößerei immer mehr zu verschwinden, wie denn überhaupt die ganze gegenwärtige Zeit den Regalien sehr feindlich ist [238]).

Zweiter Abschnitt.

Von den Conflicten der Schiff- und Floßfahrt mit der Benutzung des Wassers zum Maschinenbetrieb bei Einführung der ersteren.

Erstes Kapitel.

Unterschied zwischen der Schiff- und Floßbarmachung eines Flusses im strengen Sinne des Worts und zwischen der Einführung der Schiff- und Floßfahrt auf einem schiffbaren Flusse.

§. 86. Durch die vorstehende Erörterung über die rechtliche Bedeutung des Schifffahrts- und Floßregals, wie

---

238) Maurenbrecher, Lehrb. §. 273. Not. 9.

sich dasselbe in Deutschland entwickelt hat, glaubt der Verfasser das oben (§. 54.) in Hinsicht auf die Conflicte zwischen der Schifffahrt und Floßfahrt einer-, und dem Mühlenrechte andererseits Bemerkte: daß nämlich bei Beurtheilung dieser Streitigkeiten die Regalität der Schiff- und Floßfahrt wenig oder gar nicht in Betracht kommt, hinreichend gerechtfertigt zu haben. Wir gehen nun zu der rechtlichen Darstellung des Verhältnisses dieser beiden Gebrauchsrechte des öffentlichen Flusses und zu der Erörterung der Conflicte derselben mit einander über.

§. 87. Bei der Darstellung dieses Verhältnisses ist es vor Allem von Nöthen, die Fälle genau zu bezeichnen und zu unterscheiden, in welchen dasselbe zur Sprache kommt, welche einen Conflict der beiderseitigen Rechte veranlassen und herbeiführen, wenn in die Sache Klarheit kommen soll, und Behauptungen vermieden werden wollen, welche in der einen oder anderen Hinsicht zu Unrichtigkeiten führen.

Wir wollen zunächst von der Einrichtung der Schiff- oder Floßfahrt auf einem öffentlichen Flusse handeln, da der Erfahrung gemäß der Fall der bei weitem häufigere seyn wird, daß an dem Flusse längere Zeit Wasserwerke bestanden, bevor die Schifffahrt und Floßfahrt eingeführt wurde, und da es für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses beider Wassernutzungen während ihres gemeinschaftlichen Betriebs von Wichtigkeit ist, zu wissen, in welche Stellung sie gleich Anfangs (bei Einführung der einen oder der andern) zu einander versetzt wurden.

Man könnte auf den ersten Anblick glauben, auf einem Flusse, welcher überhaupt floßbar oder schiffbar, d. h. von Natur zur Schiff- oder Floßfahrt tauglich ist, bedürfe es einer besonderen Einrichtung zu diesem Behufe nicht, und der Zeitpunkt, mit welchem die Schiff- oder Floßfahrt beginne, sey deshalb für Beurtheilung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses nur da von Erheblichkeit, wo es sich von Einrichtung eines bisher (von Natur) zum Behufe der Schiff- oder Floßfahrt untauglichen, d. h. eines nicht schiff-

baren, nicht floßbaren Flusses zur Schifffahrt, Floßfahrt durch künstliche Mittel, kurz von der (eigentlichen) Schiff- bar- und Floßbarmachung handelt. Allein wir werden gleich sehen, daß diese Annahme unrichtig wäre, wollen jedoch zunächst die Unterscheidung zwischen der Einrichtung der Schiff- und Floßfahrt auf einem öffentlichen Flusse im engeren Sinne und der eigentlichen Floßbarmachung bei Seite lassen und nur die letztere im Auge behalten.

Nach der Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche, wie wir im ersten Abschnitte des allgemeinen Theils der gegenwärtigen Abhandlung gesehen haben, nur die schiff- und floßbaren Flüsse für öffentliche erklären, würde der Zeitpunkt der Schiffbarmachung eines Flusses mit dem Zeitpunkt zusammenfallen, in welchem der letztere überhaupt in die Kategorie der öffentlichen Flüsse gesetzt wird, und bei Beurtheilung des Umfangs und der Natur derjenigen Wasserrechte, mit welchen die einzuführende Schiff- und Floßfahrt in Conflikt geräth, könnte demnach die Eigenschaft des fließenden Wassers als eines öffentlichen Flusses nicht in Betracht kommen. Vielmehr müßten diese, vor der Schiffbarmachung bereits vorhandenen Rechte, lediglich als Privatrechte angesehen werden, welche nur im Expropriationswege durch erstere beschränkt oder aufgehoben werden dürfen.

§. 88. Es fragt sich nun, ob sich die Sache anders gestaltet, wenn man derjenigen Ansicht beipflichtet, nach welcher es auch nicht schiffbare und nicht floßbare öffentliche Flüsse giebt, und die Schiffbarmachung oder Floßbarmachung eines, wenn auch von Natur weder schiffbaren noch floßbaren, gleichwohl aber öffentlichen Flusses in Erwägung zieht?

Wir haben bereits oben im allgemeinen Theile, zweiter Abschnitt (§. 40. bei Not. 78. 79.), zu bemerken Gelegenheit gehabt, daß in dem Eigenthumsrechte des Staats an den öffentlichen Sachen die Befugniß enthalten ist, über dieselben in so weit zu verfügen, als dies unbeschadet ihrer Substanz geschehen kann. Wir haben zugleich angeführt

(Not. 79.), daß der Staat zwar auch die weitere Befugniß hat, die öffentlichen Sachen zu einem anderen, als ihrem ursprünglichen Zwecke einzurichten und umzuschaffen, daß jedoch diese Befugniß nicht aus dem Eigenthum des Staats an den öffentlichen Sachen, insbesondere dem in letzterem begriffenen Dispositionsrechte abgeleitet werden darf, vielmehr auf das Hoheitsrecht des Staats über das Staatsgebiet, die Landeshoheit, Landesherrlichkeit (jus eminens) zurückgeführt werden muß. — Handelt es sich nun aber im vorliegenden, oben angenommenen Falle, wie leicht einzusehen, nicht von Ausübung der ersteren, im Eigenthum des Staats enthaltenen Befugniß, sofern ein von Natur zum Schiffen und Flößen nicht tauglicher Fluß, wenn er durch Kunst (Anlegung von Canälen, Schleußen u. dergl.) hiezu tauglich gemacht werden soll, offenbar eine wesentliche (substantielle) Veränderung erleiden muß; kann vielmehr die Schiffbarmachung eines von Natur nicht schiffbaren Flusses nur vermöge der Landeshoheit, des Dispositionsrechts über das Staatsgebiet überhaupt bewerkstelligt werden; so lassen sich auch die vor der Schiffbarmachung vorhandenen Wassernutzungsrechte, welche der letzteren im Wege stehen, nur vermöge dieses letzteren Rechts beseitigen, beschränken oder aufheben. Es liegt daher hier ein Fall des Conflicts der Eigenthumsrechte des Staats an dem öffentlichen Wasser als solchem, oder der Rechte der Unterthanen an den Gebrauch des letzteren in dieser seiner Eigenschaft, mit Privatrechten Einzelner, nicht vor; vielmehr handelt es sich nur von einer Collision der letzteren Rechte mit dem jus eminens des Staats, dem Rechte des Landesherrn über das Staatsgebiet, kurz von einem Expropriationsfalle. Denn wir haben schon oben (§. 40. Not. 79.) gesehen, daß das jus eminens des Staats, da, wo es mit Rechten der Privaten an einer Realität in Conflict geräth, zum Expropriationsrechte wird [239].

---

239) Vergl. die oben Not. 79. alleg. Schriftsteller und Mittermaier, im Archiv f. civ. Prax. Bd. XXIII. S. 135. E. — Eichhorn,

Es erscheint demnach wohl ohne Erheblichkeit für die gegenwärtige Erörterung, ob ein von Natur zur Schiff- oder Floßfahrt nicht tauglicher Fluß als öffentlicher Fluß betrachtet wird, oder nicht, denn jedenfalls kann er nur kraft der Landesherrlichkeit schiffbar gemacht und können die Rechte der Privaten auf Benutzung desselben (Mühlengerechtigkeiten u. s. w.) nur im Expropriationswege beschränkt und aufgehoben werden.

Wir werden daher den Fall der eigentlichen Schiffbar- oder Floßbarmachung eines von Natur hiezu nicht tauglichen Flusses von unserer Erörterung ausscheiden müssen, da wir uns zur Aufgabe gemacht haben, den Conflict zwischen dem öffentlichen Gebrauche des Flusses und den privativen Nutzungsrechten, welche in der Regalität ihren Rechtsgrund haben, anschaulich zu machen und zu beurtheilen, hier aber zunächst ein solcher Conflict nicht vorliegen kann, weil von einem öffentlichen Gebrauch zur Schifffahrt und Flößerei da nicht die Rede ist, wo diese nach der natürlichen Beschaffenheit des Flusses sich nicht bewerkstelligen läßt. Es mag hienach genügen, darauf aufmerksam gemacht zu haben, wie die aus Veranlassung der Schiffbarmachung eines öffentlichen oder nichtöffentlichen Flusses entstehenden Conflicte mit den Wasserwerksbesitzern lediglich nach den über die Expropriation überhaupt geltenden Grundsätzen beurtheilt werden müssen.

§. 89. Man spricht jedoch auch in einem andern Sinne von der Floß- oder Schiffbarmachung eines Flusses. Selbst bei einem schiffbaren Flusse, d. h. bei einem solchen, welcher so viel natürliche Wassermasse, eine solche Breite und Tiefe hat, um größere Lastschiffe tragen zu können [240], wie

---

Einleit. §. 268. III. Blos von diesem Fall handelt der bei der Frage vom Ersatz, welcher den Mühlenberechtigten zu leisten ist, überall citirte Strube, rechtliche Bedenken II. 88. Vergl. unten §. 110.

240) Für obige Definition der Schiffbarkeit eines Flusses spricht nicht nur der allgemeine Sprachgebrauch, sondern auch der Umstand, daß kein anderer sicherer Anhaltspunkt gegeben ist, wenn man nicht nur die Flüsse für schiffbar erklären will, welche mit Schiffen be-

z. B. der Rhein, die Donau, werden nämlich, wenn wirklich Schiff- oder Floßfahrt auf demselben betrieben werden soll, gewisse Einrichtungen erfordert, um alle und jede Hindernisse für den Schifffahrtsbetrieb hinwegzuräumen, welche natürlich auch bei einem an sich schiff- und floßbaren Flusse vorkommen. Diese Hindernisse sind theils natürliche, theils künstliche. Was zunächst die ersteren betrifft, so kommen auch in einem vermöge seiner Wassermasse von Natur schiffbaren Flusse an einzelnen Stellen Untiefen, Felsenklippen, Krümmungen u. dergl. vor, welche die Schifffahrt wo nicht gänzlich verhindern, so doch bedeutend erschweren, und daher bei Einführung derselben zuvörderst hinweggeräumt werden müssen. Die künstlichen Hindernisse sind sodann Wasserbauten, welche zu anderen Zwecken, insbesondere zum Behufe des Maschinenbetriebs angelegt wurden, z. B. Mühldämme.

Wenn nun auf einem Strom, auf welchem bisher keine Schifffahrt betrieben wurde, die Schiff- oder Floßfahrt eingeführt werden soll, und zu diesem Behufe die nöthigen Anstalten: Correctionen des Flußbettes, Sprengung von Felsen, Beseitigung von Untiefen, Sandbänken; ferner: Anlegung von Schleußen, Floßgassen und sonstigen Durchläßen durch Wehre, Mühldämme, vorgenommen werden, so sagt man im gemeinen Sprachgebrauche gleichfalls: der Fluß werde schiffbar gemacht.

Der Unterschied beider Bedeutungen der Schiffbar- und Floßbarmachung in rechtlicher Beziehung ist leicht einzusehen, es ist aber auch höchst wichtig, ihn nicht aus den Augen zu verlieren. Der Gebrauch, zu welchem eine Sache von Natur bestimmt ist, bildet einen Hauptgegenstand des Verfügungsrechtes des Eigenthümers, und bei den öffent-

---

fahren werden, worüber bereits oben §. 19. das Geeignete bemerkt wurde. Von dieser Ausficht geht auch das preußische Landrecht II. 15. §. 38. aus, wenn es sagt: die Nutzungen solcher Ströme, die von Natur schiffbar sind, gehören zu den Regalien des Staats. cfr. Hofacker a. a. O. S. 27. Not. 1. cfr. Mittermaier, Priv.-Recht. §. 222 a. Not. 2. Dagegen: ebendas. §. 230. bei Not. 5.

lichen Sachen ist es sogar Pflicht der Staatsbehörde, in der Art über dieselben zu disponiren, daß den sämmtlichen Staatsbürgern die der Natur der Sache angemessene Benutzung nicht vorenthalten werde. Da nun die öffentlichen Ströme, welche vermöge ihres Wassergehaltes zur Schifffahrt und Floßfahrt geeignet sind, von Natur die Bestimmung haben, dem öffentlichen Verkehr, dem Handel und Wandel als Wasserstraßen zu dienen, so macht die Staatsbehörde auch nur einen ihrer Natur angemessenen Gebrauch von denselben, wenn sie zum Behuf dieser Benutzung die entsprechenden Einleitungen trifft. Es kann also hier nicht, wie bei der eigentlichen Schiffbarmachung eines zuvor nicht schiffbaren Wassers von einer wesentlichen, einer substantiellen Veränderung der Sache sich handeln, welche der Staatsgewalt nur vermöge ihrer Landesherrlichkeit, ihres jus eminens zukäme, sondern von einem natürlichen, in der Natur der Sache begründeten Gebrauchsrechte, welches ohne irgend eine wesentliche Veränderung ausgeübt werden kann. Denn es wird doch wohl Niemand behaupten wollen, daß es zum Wesen eines Stromes gehöre, daß Untiefen, Felsen, starke Krümmungen, ferner Wasserbauten, Mühlwehre in und an seinem Bette sich befinden, daß diese Hindernisse der Schifffahrt substantielle Theile des Flusses seyen?! Die rechtlichen Folgen aus diesem Unterschiede werden wir sogleich kennen zu lernen Gelegenheit haben.

Aus dem Bisherigen wird es nun klar ersichtlich seyn, daß, wiewohl die Einführung der Schiff- und Floßfahrt auf einem von Natur schiff- und floßbaren Flusse mit der eigentlichen Floßbarmachung nichts gemein hat und daher mit derselben nicht verwechselt werden darf, demungeachtet oben mit Grund behauptet wurde, es könne von der Einrichtung des Flusses zur Schiff- und Floßfahrt als einem bestimmbaren und bestimmten Zeitabschnitte bei Betrachtung des Verhältnisses der verschiedenen Nutzungsrechte ausgegangen werden.

Zweites Kapitel.

Die Conflicte mit den Maschinenberechtigten.

§. 90. Zunächst wirft sich uns nun die Frage auf: wem steht es zu, die Einrichtungen zur Schiff- oder Floßfahrt zu treffen?

Wie wir oben gesehen haben (§. 71. bei Not. 174.), war nach römischem Rechte Jedermann befugt, in einem öffentlichen Flüsse zu bauen oder wegzuräumen, so lange und so weit dies ohne Nachtheil eines Andern und ohne Hinderniß für die Schifffahrt thunlich war. Nach deutschen Rechtsbegriffen kommt jedoch dem oben (§. 40. 41. bei Not. 78—84.) Entwickelten zufolge diese Befugniß nur der Staatsgewalt[241]) und demjenigen zu, welcher von letzterer eine spezielle Erlaubniß (Concession) hiefür erhalten hat[242]). Insbesondere ist die Staatsgewalt nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, hinsichtlich der schiff- und floßbaren Flüsse diejenigen Einrichtungen zu treffen, welche erforderlich sind, damit dieselben ihrer natürlichen Bestimmung gemäß (als Wasserstraßen) benutzt werden können[243]). — Dieses Recht, diese Pflicht der Staatsgewalt ist eine nothwendige Folge des Staatseigenthums (nach seinem

---

241) Wo Regierung und Verwaltung in einem Staate getrennt sind, wird die Staatsgewalt in dem oben genannten Falle von ersterer vertreten werden, welche überhaupt die (wahren) Hoheitsrechte des Staats zu respiciren hat, während die Verwaltungs(Finanz)-Behörden nur das (nutzbare) Regal vertreten; vergl. d. Württ. Inst. für die Kreisregierungen vom 21. Dec. 1819. §. 17. a. Ziff. 8. 9. (Reg.-Bl. von 1819. S. 949.) und die königl. Württ. Verord. v. 15. Nov. 1822. (Reg.-Bl. S. 885.) Hofacker a. a. O. S. 36. bei Not. 8. S. 74. Not. 2. — Inst. für die Kreis-Finanz-Kammern in Württ. §. 5. lit. e. §. 8. (Reg.-Bl. S. 122. 124.)

242) Mittermaier, Grundsätze. Bd. 1. §. 222. a. S. 618—619. bei Not. 31. 32. oben §. 52. Not. 128.)

243) Mittermaier a. a. O. Bd. 1. §. 222. a. nach Not. 9. Ebendaselbst bei Not. 26. 32.; vergl. auch: Mittermaier, im Archiv f. civ. Praxis. Bd. XXIII. S. 129—131.

oben festgestellten und näher entwickelten Begriffe, vergl. §. 40. ff.) und ergiebt sich theils aus dem Verfügungsrecht des Staats, theils auch aus dem Benutzungsrechte der Staatsbürger.

§. 91. Daß die fragliche Befugniß der Staatsgewalt, die Behufs der Einrichtung der Schiff- und Floßfahrt auf einem von Natur schiff- und floßbaren Flusse erforderlichen Anstalten zu treffen, durch die in und an dem Fluß etwa vorher schon bestehenden auf der Regalität beruhenden Wassernutzungsrechte, insbesondere die Rechte der Besitzer mechanischer Werke im Allgemeinen weder beschränkt, noch aufgegeben werden kann, geht schon aus den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen in Betreff der rechtlichen Natur des Staatseigenthums der öffentlichen Flüsse und der regalen Nutzungsrechte an selbigen hervor.

Wir wollen uns diese Grundsätze mit ihren Consequenzen hier nochmals kurz vergegenwärtigen, indem wir von dem Begriff des öffentlichen Eigenthums, und von dem Begriff des Regals und der regalen Gerechtigkeit ausgehen. Dem ersteren zu folge kann das Recht eines Privaten, sofern und soweit es der öffentlichen gemeinschaftlichen Benutzung widerspricht, nicht auf das Eigenthum des Staats zurückgeführt werden [244]), und nach dem letzteren ist jenes Recht ein seinem Grunde nach beschränktes, und den natürlichen (öffentlich rechtlichen) Gebrauch der Sache möglichst wenig hinderndes, weil dieser die Regel, das regale Nutzungsrecht die Ausnahme, die Singularität ist [245]).

Aus diesen Rechtsgründen haben wir oben folgende Regeln abgeleitet, welche auf den zu erörternden Conflict vollständig Anwendung finden:

1) Die Staatsgewalt kann kraft ihres Verfügungsrechts Einrichtungen an öffentlichen fließenden Gewässern treffen, also

244) Vergl. oben §. 41. bei Not. 82.

245) Oben §. 46. 47. bei Not. 88. 99. §. 50. Not. 121—126.

hier in specie behufs der Schiff- und Floßfahrt auf dem schiffbaren Flusse die erforderlichen Anstalten machen, wenn auch hiedurch regale Nutzungen Einzelner beschränkt werden, dieselbe darf ferner

2) Wasserbauten, welche zum Zweck der Ausübung letztgenannter Privatrechte errichtet wurden, verändern lassen, z. B. Floßgassen in Mühldämme einschneiden, wenn und soweit sie diese Veränderungen durch die Benutzung des Flusses zu seinem öffentlichen Zwecke, insbesondere zur Schiff- oder Floßfahrt, geboten erachtet [246]).

§. 92. Um das Rechtsverhältniß noch anschaulicher zu machen und zu zeigen, wie hier Alles mit strenger Consequenz auf dem aufgestellten Prinzip folgt, wollen wir zuerst uns für einen Augenblick auf den Standpunkt der oben §. 55—60. näher entwickelten Theorie stellen, welche die regalen Nutzungsrechte an öffentlichen Flüssen aus dem Eigenthum des Staats ableitet, letzteres aber als ein wahres (Privat)Eigenthum auffaßt. Dieser Theorie zu folge hat sich die Staatsgewalt insofern und insoweit sie Nutzungsrechte am öffentlichen Wasser an Privaten abgetreten, veräußert hat, ihres Eigenthums begeben; der Nutzungsberechtigte ist für den ganzen Umfang des ihm verliehenen Rechts an die Stelle des Eigenthümers, des Staats, getreten und dieser kann nicht hinterher vermöge seines Eigenthums das verliehene Recht wieder beschränken. Auch ist hier das regale Nutzungsrecht kein singuläres, durch die öffentliche Natur seines Objects in möglichst enge Grenzen eingeschlossenes Recht, vielmehr ein natürlicher Ausfluß des wahren Eigenthums, und daher so umfassend, so ausschließlich, als es vom Eigenthümer überhaupt abgetreten werden wollte, was lediglich nach dem Verleihungsakt, oder, wo es durch Verjährung erworben wurde, nach dem Besitzstand zu ermessen ist. Soll da-

---

246) Oben §. 52. bei Not. 127. 128. Mittermaier, Grundſ. des deutschen Privatrechts. §. 222 a. bei Not. 32. Derselbe im Arch. f. civ. Prax. XXIII. S. 153.

her hier dem Berechtigten sein Nutzungsrecht demungeachtet zu Erreichung höherer Staatszwecke, falls die Schiffbar- oder Floßbarmachung des Flusses als solcher angesehen werden kann, geschmälert, z. B. sein Mühldamm durchschnitten werden; so kann die Staatsgewalt solches nur vermöge des Expropriationsrechts bewerkstelligen, und muß demnach den Berechtigten auch vollständig entschädigen.

§. 93. Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn man zugesteht, daß die öffentlichen Flüsse öffentliche Sachen in dem oben (§. 26. Ziff. 2.) angegebenen Sinne sind, welche sich zwar im Eigenthume des Staats befinden, aber nicht in dem Sinne, daß der letztere eine privatrechtliche Verfügungs- und Veräußerungsbefugniß hat, und daher sein Recht nach der Willkühr an einzelne Dritte übertragen und abtreten kann.

Sobald man sich auf diesen Standpunkt stellt, kann man auch nicht davon ausgehen, daß der Staat (als Privateigenthümer) sein Recht an den Inhaber der regalen Gerechtsame vergeben habe, daß dieser seine Gerechtigkeit aus derselben Quelle ableite, aus welcher die Befugnisse des Staats in Betreff des öffentlichen Flusses als eines solchen fließen. Man muß sich daher nach einem anderen Rechtsgrund für die Gerechtsame jenes Inhabers umsehen, wobei man nicht vergessen darf, daß dieser Rechtsgrund nur ein beschränkter seyn kann, welcher mit dem Recht des Staats (als Staat) an dem Fluß (als öffentliche Sache) nicht auf gleicher Stufe steht, weil man im anderen Falle mit der Voraussetzung, von welcher man oben ausgegangen ist (nämlich der Eigenschaft des Flusses als öffentliche Sache), sich im Widerstreit befinden würde. Dieser Rechtsgrund ist aber das Regal in seiner Eigenschaft einer beschränkten Nutzungsbefugniß an einer öffentlichen Sache, wie wir solches oben (§. 47. 50.) näher kennen gelernt haben. Hieraus folgt nun in Beziehung auf den Conflict des Verfügungsrechts der Staatsgewalt über den öffentlichen Fluß (§. 42. lit. a.) mit der regalen Nutzungsgerechtsame eines

Maschinenberechtigten an solchem bei der Einführung der Schiff- oder Floßfahrt:

1) Daß der Nutzungsberechtigte nicht einwenden kann, er habe seine Gerechtsame vom Staate überkommen, dieser habe daher sein Verfügungsrecht insoweit vergeben, als dasselbe mit jener Gerechtsame in Conflict gerathe. Denn beide Rechte beruhen auf verschiedenem Grunde, und der Staat konnte und wollte das Verfügungsrecht, welches ihm als Staat über den öffentlichen Fluß als öffentliche Sache zusteht, bei Verleihung der regalen Gerechtsame nicht vergeben.

2) Daß der genannte Maschinenberechtigte auch nicht sagen kann: er habe ein umfassendes, unbeschränktes Recht an dem ihm verliehenen Theil des öffentlichen Flusses, die zu seinem Zweck erforderliche Wassermasse desselben. Denn das Regal, auf welchem diese seine Berechtigung als auf ihrem alleinigen Rechtsgrunde beruht, ist selbst schon ein äußerst beschränktes Recht, welches nicht weiter geht und ausgedehnt werden darf, als seine Ausübung mit der Eigenschaft des Wassers, als einer öffentlichen Sache, dem Gebrauch desselben zu diesem seinem natürlichen Zwecke vereinbar ist [247]).

Wenn daher die Einführung der Schiff- oder Floßfahrt auf einem öffentlichen, von Natur schiff- oder floßbaren Flusse gewisse Beschränkungen des Maschinenberechtigten in Ausübung seiner Gerechtsame erfordert, z. B. Floßgassen in seine Mühldämme eingeschnitten werden müssen; so kann derselbe sich nicht über Entziehung eines wohlerworbenen Rechts beklagen, oder die Einleitung eines Expropriationsverfahrens verlangen, eben weil ihm kein Recht entzogen wird, sondern nur eine Beschränkung seiner Wassernutzung als natürliche Folge der rechtlichen Eigenschaft der letzteren (einer regalen Gerechtigkeit an einer öffentlichen Sache) eintritt.

---

247) Vergl. oben §. 69.

§. 94. Wenn aber auch die Conflicte mit den Maschinenberechtigten bei Einführung der Schiff- oder Floßfahrt auf einem schiffbaren Flusse in der Regel nach dem soeben begründeten Principe geschlichtet werden müssen; so bleibt immer noch die Frage: ob es nicht wenigstens einzelne Ausnahmen von dieser Regel giebt? ob es nicht wenigstens rechtlich möglich ist, daß jene Nutzungsbefugnisse der Maschinenberechtigten im strengsten Sinne ausschließliche Rechte, daß sie wirkliche Eigenthumsrechte an dem verliehenen Wasserantheile (der Wasserkraft) seyn können?

Setzen wir den Fall, daß der Staatsbehörde, welche an einem öffentlichen Flusse einem Privaten eine Mühlgerechtigkeit verliehen hat, zugleich auch das Floßregal an diesem Flusse und zwar im strengen Sinne eines ausschließlichen Nutzungsrechts (wie man sagt: als „Regie") zusteht und daß dieselbe bei der Verleihung jener Gerechtigkeit ausdrücklich auf die Ausübung des Floßregals verzichtete, oder den belehnten Mühlinhaber zugleich mit der ausschließlichen Floßgerechtigkeit belehnte. In diesem Falle wird man allerdings behaupten müssen, daß der Mühlinhaber ein ausschließliches Recht in der Art erworben habe, daß seine Mühlengerechtigkeit die Benutzung des Wassers zum Flößen von Seiten eines Anderen verhindert. Es ist aber auch klar, daß diese Ausschließlichkeit hier nicht in der Natur der übertragenen Mühlgerechtigkeit liegt, vielmehr durch einen weiteren Abtretungsakt, die Abtretung der Floßgerechtigkeit, den Verzicht auf das Floßregal, bedingt ist. Daß dieses weitere Factum nicht vermuthet werden darf, wie überhaupt Thatsachen nicht vermuthet werden, wird kaum der Bemerkung bedürfen.

Im Uebrigen könnte zwar die Möglichkeit einer solchen Abtretung, eines solchen Verzichts unter der Voraussetzung eines Schifffahrts- oder Floßregals im strengen Sinne des Worts (als Regie) nicht in Abrede gestellt werden: daß solche aber in Wirklichkeit nicht vorkommen kann, geht daraus hervor, weil einestheils, wie ich oben eines Brei-

teren nachgewiesen habe, eine regiemäßige Ausübung der Floß- oder Schifffahrt in Deutschland nicht Rechtens ist, und weil anderntheils sich nicht denken läßt, wie der Staat veranlaßt seyn sollte, bei der Uebertragung einer Mühlgerechtigkeit daß Floß- und Schifffahrtsrecht auf einem öffentlichen Flusse für immer zu vergeben.

Diese Ausnahme von der obigen Regel wird daher wohl nicht als praktisch angesehen werden können.

§. 95. Es läßt sich jedoch noch ein anderer Fall denken. Daß früher nicht nur in der Theorie, sondern wohl zum Theil auch in der Praxis die Ansicht von der proprietas principis, dem Privateigenthum des Landesherrn an den öffentlichen Flüssen, herrschend war, ist nicht zu läugnen. — Wir haben auch schon oben (§. 39. bei Not. 73. 74.) bemerkt, daß diese unrichtige Ansicht den ursprünglichen gesetzlichen Rechtszustand insoweit modificiren konnte, als unter ihrer Herrschaft wohlerworbene Rechte begründet wurden, welche zwar ursprünglich einer Anmaßung der Regierungen, einem Mißbrauche ihrer gesetzlichen Befugnisse ihre Entstehung verdanken, aber in der Folge durch Gesetz oder Verjährung bestätigt worden sind. Nehmen wir nun an, eine Mühlengerechtigkeit sey in einem Lande und zu einer Zeit erworben worden, wo jene Ansicht wirklich praktisch herrschend war; so folgt allerdings hieraus, daß in der Verleihung derselben wie in jeder anderen Rechtsübertragung von Seiten des (wahren) Eigenthümers ein Verzicht auf die gleichfallsige anderweite Benutzung der verliehenen Sache, also hier ein Verzicht auf die Benutzung der Wasserkraft zum Flößen oder zur Schifffahrt von selbst enthalten war, wie wir oben (§. 50. 60. bei Not. 126. 139.) gesehen haben [248]).

§. 96. Wenn jedoch in diesem Falle nicht Partikulargesetze hierüber Maß und Ziel geben, so wird immerhin dem Berechtigten der Beweis obliegen, daß sein Recht unter den oben angenommenen Verhältnissen erworben wor-

---

248) Vergl. Hofacker a. a. O. S. 47. Not. 1., 65. Not. 5., 81.

den sey (denn die Präsumtion muß, wie Funke in der oben alleg. Abhandlung [249]), ganz richtig bemerkt, für den ursprünglichen Rechtszustand streiten, da die entgegengesetzten Ansichten nur auf den Meinungen älterer Rechtslehrer beruhen), und durch Verjährung die Wirkung eines wohlerworbenen Rechts erhalten habe. Was nun aber diesen Beweis betrifft, so wird sich weiter fragen: kann nicht der Mühlinhaber durch den Besitz einer ausschließlichen Gerechtigkeit sich von diesem Beweis befreien, und was sind die Merkmale eines solchen Besitzes?

Ich glaube zugeben zu können, daß, wenn sich ein Mühlinhaber wirklich im fehlerfreien rechtlichen Besitze eines solchen ausschließlichen (sc. die Schiff- und Floßfahrt ausschließenden) Wassernutzungsrechts befindet, derselbe auch von dem Beweis, daß er dieses Recht auf rechtsgenügende Weise erworben habe, frei zu sprechen ist, und die Beweislast auf den Gegner, welcher die Freiheit der Schifffahrt ꝛc. be hauptet, zurückfällt. Allein man würde sich sehr täuschen, wenn man schon daraus, daß etwa der Mühlinhaber seine Wasserkraft seit langer Zeit uneingeschränkt benutzt hat, weil vielleicht weder Schiff- noch Floßfahrt auf dem Strome betrieben wurde, folgern wollte, daß der Mühlinhaber im Besitz einer uneingeschränkten, jene Nutzungen des Wassers ausschließenden Gerechtigkeit sich befinde *). Wir haben als Resultat der Untersuchung über die Natur des öffentlichen Eigenthums und der regalen Nutzungsrechte an den fließenden Wassern gefunden, daß letztere Rechte sehr beschränkte, singuläre Nutzungsbefugnisse sind, welche sich nicht weiter erstrecken, als auf den Gebrauch des Wassers, zu welchen sie bestimmt sind, also: die Mühlgerechtigkeit, auf den Gebrauch zum Mühlenbetrieb, die Floßgerechtigkeit, auf den

---

249) Arch. für civ. Prax. XII. S. 284.; vergl. auch Mittermaier, Priv.-Recht. §. 222 a. Not. 34. §. 237. Not. 13. 14. §. 239. Not. 7.

*) Mittermaier, Priv.-R. a. o. Not. 249. a. O., insbesondere §. 237.

Gebrauch zum Flößen u. s. w. Nun geht aber bekanntlich der Besitz, sofern er als juristischer, rechtlich wirksamer Besitz in Betracht kommen kann, nicht weiter, als das Recht, dessen Ausübung er ist, und es kann daher der Besitz einer regalen Gerechtigkeit als solcher keine weitere Ausdehnung haben als die Gerechtigkeit selbst. Wenn demnach in dem oben angeführten Falle die Wasserkraft uneingeschränkt benutzt wurde, so folgt hieraus noch nicht, daß die unterlassene Beschränkung von Seiten eines Andern die Folge des von dem Mühlinhaber behaupteten ausschließlichen Rechts war; denn jener konnte ja auch andere Gründe haben, die beschränkende Handlung nicht vorzunehmen. Wollte man aber einwenden, der Mühlinhaber, welcher, der Voraussetzung gemäß, das Recht als einen Ausfluß des Eigenthums (der proprietas), somit als ein ausschließliches Recht erworben habe, müsse dasselbe nothwendig auch als ein solches ausüben wollen, und sich daher auch im rechtlich wirksamen Besitz des Rechts befinden; so würde man sich einer petitio principii schuldig machen. Denn das angesprochene Recht, welches durch den Besitz erst erwiesen, beglaubigt werden soll, kann doch offenbar bei Beurtheilung dieses letzteren nicht als bestehend vorausgesetzt werden; es muß aus dem Besitz als solchem hervorgehen, daß er auf jenes Recht hinweist, nicht aber kann ersterer durch das (vorausgesetzte) Recht charakterisirt werden. Es wurde nun nach Obigen zwar vorausgesetzt, das Recht des Mühlinhabers sey in einem Lande und zu einer Zeit erworben worden, wo die Proprietätstheorie praktisch herrschend war; wir haben jedoch weiter angenommen, dies solle durch den Besitzstand bewiesen, oder richtiger: der Mühlinhaber solle hiedurch von dem ihm obliegenden Beweis befreit werden; und wir können daher bei Beurtheilung des Besitzstandes die erstere Voraussetzuug nicht als bewiesen annehmen, ohne einen Cirkel im Schließen zu machen. Vielmehr muß der Umfang des Rechts, welches ausgeübt wird, so angenommen werden, wie der rechtlichen Vermuthung zufolge derselbe

gewöhnlich ist; die rechtliche Vermuthung spricht aber, wie gezeigt wurde, nicht für das Privateigenthum des Landesherrn an den öffentlichen Flüssen und dessen Consequenzen, wie solches früher manche Rechtslehrer irriger Weise angenommen haben, vielmehr für das Staatseigenthum und die Regalität in dem von uns oben entwickelten Verstande. Will eine Ausübung, ein Besitz in weiterem Umfang behauptet werden, so muß dieser weitere Umfang in der Ausübung selbst liegen, und dies kann nicht aus dem bloßen Unterlassen einer beschränkenden Handlung von Seiten des Mitberechtigten, z. B. des Schifffahrtsberechtigten, es muß vielmehr aus einer positiven Handlung desjenigen, welcher die unbeschränkte Ausübung behauptet, ersichtlich seyn. Es ist hier ganz der gleiche Fall, wie bei den s. g. negativen Servituten, oder den Servituten, welche in non faciendo von Seiten des Dienenden bestehen. Ein bekanntes Beispiel ist hier die serv. altius non tollendi, durch welche ich auch den gegenwärtigen Fall am besten erläutern kann. Wenn ich diese Dienstbarkeit meinem Nachbar gegenüber anspreche, so kann ich meinen Besitz nicht durch die Behauptung nachweisen, daß ja, wie der Augenschein gebe, mein Nachbar bis jetzt nicht versucht habe, mir Licht und Aussicht zu verbauen. Dieser wird mir einwenden: „ich habe bisher nicht gebaut, weil ich keine Lust zum Bauen hatte; hätte ich bauen wollen, würde mich Niemand haben hindern können; daß ich nicht gebaut habe, ist für Dich ein reiner Zufall, und giebt Dir kein Recht, mir jetzt das Bauen zu verwehren!" Und er hat Recht. Denn nur wenn ich beweisen kann: daß er früher einmal bauen wollte, und ich unter Berufung auf mein Recht es ihm verwehrte, er aber hierauf davon abstand, bin ich im Besitz der serv. altius non tollendi gegenüber meinem Nachbar [250]). Nun, ganz

250) Hofacker, principia juris civ. II. §. 1100. pag. 295. — Malblanc, principia juris romani II. §. 421. 9. — Thibaut, System, 7. Ausg. 1. Th. §. 308. Derselbe, Besitz und Verjährung. §. 16 a. Savigny, Recht d. Besitzes. 5. Ausg. §. 46. S. 553.

das nämliche charakteristische Merkmal ist für den Besitz eines unbeschränkten Wassernutzungsrechts (in specie einer unbeschränkten Mühlengerechtigkeit, Nutzung einer Wasserkraft) erforderlich: es muß dargethan werden können, daß die Beschränkung, die Ausübung der beschränkenden anderen Wassernutzung, also z. B. der Schifffahrt, der Floßfahrt, versucht, etwa die Oeffnung des Mühlwehres, die Durchlassung durch den Mühlgraben verlangt, unter Berufung auf das unbeschränkte Recht verweigert und hierauf von den Schifffahrts-, Floßberechtigten rc. von seinem Ansinnen abgestanden worden sey [251]). Wo aber auf einem Flusse noch gar keine Schifffahrt, Floßfahrt eingeführt ist, wird in der Regel von einem solchen Besitzstande nicht gesprochen werden können, es wäre denn, daß der Mühlenberechtigte behaupten und beweisen würde: die Schiff- und Floßfahrt habe früher einmal eingeführt werden wollen, das Unternehmen sey aber wegen Widerspruchs von Seiten der Werksinhaber nicht zu Stande gekommen.

§. 97. Aber man könnte doch meinen, die Ausschließlichkeit, die Unbeschränktheit des Wasserrechts zum Werkbetrieb liege schon in der Natur dieser Wassernutzung und in der ganzen Einrichtung der hiezu erforderlichen Anstalten, namentlich des **Mühldammes**, welcher ja der Schiff-

---

251) **Fritsch**, de jure grutiae, S. 38. sagt: „Und aber zu Recht versehen, daß jemands den freyen Wasserstrohm, seines Gefallens zu gebrauchen, zu verhindern (zu Latein jura negativa genannt) anders nicht als durch unvordenkliche Zeit mög erlangt und ersessen werden: Nämlich also und der Gestalt, daß von einem Theil dem andern Eintrag oder Verhinderung beschehe, und der Andre solches gedulten und leiden thut." Dasselbe sagt schon der alte **Meurer** (oben §. 55. Not. 133. cit.) S. 1046., insbesondere bei der Fischereigerechtigkeit und benutzt das Beispiel der serv. alt. non toll. zur Erläuterung der Verjährung der Wasserservituten S. 1054. 1090—92. 1146. 1147. Vergl. ferner: **Cons. Argentor.** II. 62. (**Fritsch**, jus fluv. p. 144.) — Andr. **Rauchbar**, Part. I. Quaest. 23. (**Fritsch** l. c. p. 147.) wo der Satz speziell auf die **Verhinderung** der **Schifffahrt** angewendet wird.

und Floßfahrt faktisch gerade den Weg versperre; wo daher ein Wehr über den Fluß gezogen sey, da ergebe sich doch wohl der Besitz eines ausschließlichen, unbeschränkten Wasserrechts von selbst aus dieser Thatsache. Dies wird auch namentlich von Hofacker in der oben alleg. Schrift geltend gemacht [252]). Allein dieser Einwurf ist nicht schwer zu beseitigen. Die erstere Behauptung beweist vor Allem zu viel, und daher gar nichts. Die Entgegnung, daß die Wassernutzung zum Mühlenbetrieb ihrer Natur nach einen uneingeschränkten Genuß der erforderlichen Wassermasse, wie sie die Wehrhöhe und die Weite des Mühlcanals bemißt, erheische, wäre ganz schlagend, wenn es nur keine Mühlwerke gäbe, welche der Floß- und Schifffahrt nach Bedarf ihr Wasser abgeben müssen, in deren Wehre Floßgassen eingeschnitten sind, durch deren Mühlcanäle Schiffe und Flöße passiren! Derartige Mühlwerke giebt es aber bekanntlich die Menge. Ueberdies liegt dieser Behauptung weiter nichts, als eben wieder die Proprietätstheorie zu Grunde, wie Hofacker an dem in der Note angef. Orte (S. 81.) selbst bekennt, indem er seine angebliche Ausschließlichkeit der verliehenen Gerechtigkeit damit begründet, daß das Recht des Verleihenden selbst ein ausschließliches sey, was nur nach jener Theorie richtig ist. Ich kann daher in rechtlicher Hinsicht lediglich auf das oben im Allgemeinen Ausgeführte verweisen.

§. 98. Die zweite Behauptung, welche speziell hieher gehört: daß die Behufs der Wasserbenutzung zum Mühlenbetrieb erforderlichen Anlagen im Flusse, namentlich der Mühldamm wenigstens unzweifelhaft für den Besitz eines durch Schifffahrt oder Flößerei nicht beschränkten Rechts beweisen, indem sie diese faktisch ausschließen, hat mehr Schein für sich. Allein sie läßt sich gleichfalls leicht beseitigen, wenn man nur wieder das rechtliche Erforderniß des Besitzes eines negativen Rechts nicht vergißt.

---

252) Hofacker, a. a. O. S. 40. 81.

Setzen wir den Fall, daß die fraglichen Wasseranlagen, besondere der Mühldamm, in der Absicht errichtet wurden, die Schiff- und Floßfahrt unmöglich zu machen, daß diese Absicht dem Berechtigten kund gethan wurde, und dieser sich dabei beruhigt, auf die Benutzung des Wassers zur Schifffahrt verzichtet hat. — In diesem Fall wird Niemand in Abrede ziehen, daß der Besitz einer ausschließlichen Wassergerechtigkeit der Schiff- und Floßfahrt gegenüber begründet sey. Aber wie will der den Beweis liefern, daß es sich so verhalte, welcher an einem Flusse seine Wasseranlagen errichtet hat, auf welchem früher weder Schiff- noch Floßfahrt betrieben wurde? zu einer Zeit solche errichtet hat, zu welcher man an diese Benutzung wohl noch gar nicht gedacht hatte? Hier kann die Absicht einer Verhinderung nicht angenommen werden, und man müßte daher, um der Behauptung Kraft zu geben, eben wieder darauf zurückgreifen, daß die Wassergerechtigkeit des Mühlinhabers ihrer Natur nach die Schiff- und Floßfahrt ausschließe, was jedoch, wie so eben gezeigt wurde, faktisch wie rechtlich unrichtig ist, indem sonst alle Wassergerechtigkeiten in diesem Sinne ausschließlich seyn müßten, und indem ferner hienach nur die Proprietätstheorie die richtige seyn, der rechtliche Begriff eines öffentlichen Flusses (im engeren eigentlichen Sinne) aber neben einer solchen Wassergerechtigkeit offenbar nicht bestehen könnte.

Es ist sonach wohl klar, daß, wäre die Wassergerechtigkeit des Mühlinhabers überhaupt ihrer Natur nach ein jeden anderen Gebrauch, welcher die gleiche Wasserströmung (Wasserkraft) in Anspruch nimmt, ausschließendes Recht, auch die Ausübung dieser Gerechtigkeit als Recht an sich schon den Besitz des ausschließlichen Rechts begründen würde, daß aber, weil der Wassergerechtigkeit, als regalem Recht an einem öffentlichen Flusse, gerade ihrem Wesen nach solche Ausschließlichkeit nicht zukommen kann, auch die Ausübung derselben für sich allein einen solchen

Besitz zu begründen nicht im Stande ist, und daß die Einrichtung der Wasseranlagen, insbesondere des Mühldammes, an und für sich so wenig für die Unbeschränktheit der Gerechtigkeit eine Vermuthung begründet, als die Ausübung der letzteren überhaupt da, wo bisher keine Schifffahrt und Flößerei betrieben wurde, einen unbeschränkten Besitz zu begründen vermag. Uebrigens ist in Beziehung auf den aus der Einrichtung der Wasseranlagen abgeleiteten Beweis der Ausübung eines unbeschränkten Rechts noch zu bedenken, daß diese Anlagen, insbesondere der Mühldamm, in der Regel und der Natur der Sache nach nicht in der Absicht und zu dem Zwecke errichtet werden, den Wasserweg für Schiff- und Floßfahrt zu sperren, vielmehr lediglich in der Absicht, die erforderliche Wassermenge an die Mühlräder zu leiten, und daß mit letzterem Zwecke die für Floß- und Schifffahrt nöthigen Durchlässe (Floßgassen 2c.) sich ganz gut vertragen, auch in manchen Fällen der Mühlkanal selbst sich zur Schifffahrt und Flößerei benützen läßt, wie er bei vielen Neckarmühlen wirklich benützt wird. Es kann daher nicht einmal mit Grund behauptet werden, daß in der Anlegung der zum Mühlbetrieb erforderlichen Einrichtungen eine thatsächliche Ausschließung der Schiff- und Floßfahrt von der Concurrenz bei der Wasserbenützung enthalten sey, noch weniger aber kann diese Anlegung für die zum Besitz nothwendige Absicht einer solchen Ausschließung (animus possidendi) Beweis liefern.

Somit glaube ich hinreichend gezeigt zu haben, daß zwar der Fall einer Erwerbung eines Wasserrechts als ausschließliches, unbeschränktes Gebrauchsrecht unter der Voraussetzung des früher in dem betreffenden Lande herrschenden Eigenthumsprinzips und der nachher hinzugekommenen unvordenklichen Verjährung nicht zu den rechtlich undenkbaren gehört, daß jedoch ein solcher Fall wenigstens immer die Rechtsvermuthung gegen sich hat, und daß auch der Beweis des Besitzes eines solchen unbeschränkten Wasserrechtes durch Berufung auf positive Besitzhandlungen geführt werden

muß, und nicht durch die Natur der Sache überflüssig gemacht ist, nicht aus der Einrichtung der Wasseranlagen von selbst folgt.

§. 99. Wird nun aber der in Frage stehende Fall als wirklich vorhanden angenommen, so bedarf es kaum der Bemerkung, daß hier der Einführung der Schiff- und Floßfahrt auf dem öffentlichen Flusse ein wohlerworbenes Recht hindernd im Wege steht, welches nur im Wege des Expropriations-Verfahrens beseitigt werden kann. In diesem Falle ist nämlich abermals kein Conflict zweier neben einander bestehender Rechte vorhanden, vielmehr eine Collision einer im öffentlichen Interesse gelegenen Einrichtung mit einem wohlerworbenen Rechte eines Einzelnen, und der Fall ist somit lediglich nach den Grundsätzen, welche über die Expropriation gelten, zu beurtheilen. Auf diesen Fall paßt daher auch das von Hofacker u. a. O. bemerkte: „daß, wenn die Regierung nicht mehr freie Hand habe, wenn Schifffahrt und Flößerei auf Kosten des bestehenden Werksbetriebs erst eingerichtet werden sollen, daß dann der politische Grund der allgemeinen oder höheren Benutzungsweise nicht über die Frage entscheiden könne, ob das bestehende Nutzungsrecht der Müller unentgeldlich zurückzuweichen habe" [253]). Daß aber dieser Schriftsteller insofern im Irrthum ist, als er ohne Weiteres allen regalen Wasserrechten an öffentlichen Flüssen eine Eigenschaft beilegt, welche zum Wenigsten nur als eine besonders zu beweisende Ausnahme statuirt werden darf, habe ich schon oben nachzuweisen mich bemüht [254]). Wenn man die Frage rein theoretisch betrachtet, so muß man zugeben, daß der Fall sowohl den Grundsätzen vom öffentlichen Eigenthum, wie wir sie oben festgestellt haben, als auch den Regeln in Betreff der regalen Gerechtigkeiten schnurstracks widerstreitet, nnd muß daher von diesem Standpunkt aus den Fall für rechtlich unmöglich

253) Hofacker a. a. O. S. 77. 78.

254) Cfr. oben §. 50. Not. 126. §. 69. Not. 166.

erklären, daß der Staat, welcher doch nur eine regale Gerechtigkeit verliehen hat, sich seines (unveräußerlichen) Eigenthums an dem öffentlichen Flusse, das er nur Namens und für den Gebrauch der Gesammtheit besitzt, entschlagen haben sollte *).

Nun ist freilich Manches in Praxi faktisch zu Recht begründet, was die Theorie für rechtlich unzuläßig erklären muß, und so kann auch im vorliegenden Falle eine Ausnahme von den strengen Consequenzen aus den einschlagenden Rechtsbegriffen, wie wir gesehen haben, aus historischen Gründen für möglich gehalten werden. Nur darf man nicht, wie Hofacker es thut, diese Ausnahme zur Regel erheben, und das, was im einzelnen Falle aus historischen, zufälligen Gründen Gültigkeit hat, aus den rechtlichen Grundprinzipien (über Staatseigenthum, Regal, regale Gerechtigkeit) ableiten zu können wähnen. Dies ist bei Entscheidung von Streitigkeiten zwischeh Wasserberechtigten auch praktisch von größter Wichtigkeit, namentlich für die Frage nach der Beweislast entscheidend, wie wir schon gesehen haben. Auch darf insbesondere nicht vergessen werden, daß die statuirte Ausnahme nur bei älteren, seit Jahrhunderten im Privatbesitz befindlichen regalen Wasser- (Werks-) Gerechtigkeiten vorkommen kann, nicht aber bei solchen, welche erst in neuerer Zeit verliehen wurden. Denn man wird wohl behaupten dürfen, daß in neuerer Zeit wenigstens, wie in der Theorie, so auch in der Praxis die irrthümliche Ansicht vom fiskalischen Eigenthum (der proprietas principis) an den öffentlichen Flüssen verlassen worden ist, und den richtigen Begriffen über Wasserregalien an öffentlichen Flüssen Platz gemacht hat, so daß nicht angenommen werden darf, die Regierung habe in neuerer Zeit eine Wassergerechtigkeit in der Art unbeschränkt verliehen, wie dieß nur der Eigenthümer eines Privatwassers thun kann. Wo auf dem öffentlichen Flusse

---

*) Vergl. Mittermaier oben §. 95. Not. 249. cit.

schon vor der Verleihung Schiff- oder Floßfahrt betrieben wurde, versteht es sich ohnehin von selbst, daß ein derartiges uneingeschränktes Recht in neuerer Zeit nicht verliehen werden konnte.

Drittes Kapitel.

Die Schadensersatzfragen.

Erster Titel.

Grundprinzip.

§. 100. Es ist jetzt noch die Frage in Betreff der Entschädigung zu beantworten, welche von den Wasserwerksberechtigten (Mühlinhabern) angesprochen wird, wenn ihnen durch Einrichtung der Schifffahrt und Floßfahrt auf einem floßbaren und schiffbaren öffentlichen Flusse Nachtheile zugefügt werden. Worin diese Nachtheile bestehen, werde ich hier nicht weitläufig auszuführen brauchen. Das Genauere mag der geneigte Leser in den oben allegirten Werken von Cancrin[255]), Rohr[256]) und Moser[257]) nachlesen, und ich will nur im Allgemeinen anführen, wie bei Einführung der Schifffahrt und Floßfahrt der Hauptnachtheil für die Wasserwerksbesitzer darin besteht, daß bei Durchlassung der Flöße durch die einzurichtenden Floßgassen, oder der Schiffe durch Schleußen oder durch den Mühlkanal selbst, das Betriebswasser auf kurze Zeit für das Werk ganz oder theilweise entzogen oder aber aufgestaut (Hinterwasser) und hiedurch für

---

255) Vergl. v. Cancrin, Wasserrecht, II. Bd. VI. Abh. 1. Cap. §. 11—18.

256) v. Rohr, Haushalt. Recht. Buch. 8. Cap. 4. §. 7. S. 1232.

257) Moser, v. der Landeshoheit. Cap. 21. §. 4.

letzteres ein Stillstand veranlaßt wird, welcher je nach der Verschiedenheit des Werkes von größerem oder kleinerem Nachtheile für den Inhaber ist. Vergl. unten §. 136. Not. 370. 371.

§. 101. In dem zuletzt angeführten Ausnahmsfalle, in welchem die Wassergerechtigkeit eine ganz unbeschränkte, ausschließliche ist, und daher bei Einführung der Schifffahrt oder Floßfahrt nur vermöge des jus eminens des Staats beschränkt werden kann, beantwortet sich die Entschädigungsfrage von selbst. Es gelten hier einfach die Grundsätze, welche für Entschädigung bei zwangsweiser Abtretung des Eigenthums oder anderer Rechte zu Staatszwecken (Expropriation) die Landesgesetze festgestellt haben, und die näher zu erörtern hier nicht der Ort ist.

Wir können daher von diesem Falle hier absehen und uns sogleich zu dem Falle wenden, welcher die Regel bildet, d. h. wo es sich nicht von einer Beschränkung des Rechts des Werksinhabers durch die Einführung der Schifffahrt oder Floßfahrt, vielmehr nur von einer Beschränkung seiner bisherigen Benützung, seines bisherigen (faktischen) Wassergenusses handelt.

§. 102. Auch hier kann man nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Beantwortung der Frage nicht im Zweifel seyn, und nur die gänzliche Verkennung des Rechtsverhältnisses und die Begriffsverwirrung, welche in den einschlagenden Rechtsmaterien bei vielen Germanisten bisher geherrscht hat, konnte hier Schwierigkeiten hervorrufen. Nachdem wir aber oben (im allgemeinen Theile) die Natur des öffentlichen (Staats-) Eigenthums an den Flüssen, sowie das Wesen der regalen Rechte an denselben kennen gelernt haben, wird es uns nicht mehr befremden, wenn die Frage in Betreff der Entschädigung anders beantwortet werden muß, als man sie, abgesehen hievon, nach gewöhnlichen privatrechtlichen Grundsätzen zu beantworten vielleicht versucht seyn könnte. Hiernach wird nämlich etwa folgendermaßen argumentirt: Die Inhaber der Wasserwerke sind im gesetzlichen

rechtmäßigen Besitze ihrer Werke und der dazu gehörigen Wasserbauten, Wehre, Wasserkräfte. Wer nun z. B. tiefe Einschnitte an beliebigen Stellen in das Wehr eines Werkbesitzers (Floßgassen) machen, wer durch das Oeffnen dieser Einschnitte dem Werksbesitzer seine Wasserkraft für längere oder kürzere Zeit ganz oder theilweise entziehen, das Werk trocken legen will, der stört den rechtmäßigen Besitz. Will man daher den Staat auch für befugt halten, bei Einführung der Schifffahrt und Flößerei auf einem öffentlichen Flusse diese Besitzstörung vorzunehmen, so muß man dem Besitzer wenigstens das Recht auf volle Entschädigung zuerkennen [258]) Aber prüfen wir einmal diese Argumentation etwas näher! Allerdings sind die Inhaber der Wasserwerke im gesetzlichen rechtmäßigen Besitze ihrer Werke, Wasserbauten, Wasserkräfte und dgl. Allein wie weit geht dieser Besitz? Diese Frage habe ich kurz zuvor beantwortet, und die Ansicht, als ob sich ein uneingeschränkter Besitz nach der Natur der regalen Gerechtigkeiten rechtfertigen, oder aus den faktischen Verhältnissen (z. B. der Beschaffenheit der Wasserbauten) mit Nothwendigkeit folgern lasse, zu widerlegen gesucht. Es müßte also zuvor das Gegentheil bewiesen werden, wenn man den Vordersatz nicht als eine bloße petitio principii betrachten soll. Fällt aber dieser Vordersatz hinweg, so fallen ebendamit auch die Consequenzen. Geht der Besitz des Mühlinhabers, sofern er sein Recht nicht als einen Ausfluß des Privateigenthums am Wasser, vielmehr als eine regale Gerechtigkeit an einem öffentlichen Fluße ausübt, den animus possidendi eines Regals, nicht eines eigenthümlichen, oder vom (wahren) Eigenthümer verliehenen Rechts hat, geht der Besitz, sage ich, bloß auf ein beschränktes spezielles Nutzungs-, nicht auf ein uneingeschränktes ausschließlich eigenthümliches Recht; so kann natürlich eine Beschränkung, wie solche bei Einführung der Schiff- und Floßfahrt faktisch

258) Vergl. Hofacker a. a. O. S. 19. 20. 85.

allerdings stattfindet, als eine Beschränkung des Rechts, der Gerechtigkeit, nicht betrachtet werden. Der Besitz ist anerkanntermaßen mit nichten ein bloß faktischer, vielmehr ein faktischer und rechtlicher Zustand, und es kann daher, wenn es sich um eine Besitzstörung fragt, nicht bloß auf die faktische Ausübung, es muß vielmehr auch darauf gesehen werden, wie weit die rechtliche Absicht des Ausübenden geht, welcherlei Recht er auszuüben gemeint ist. Es kann aber bei einem anerkannt öffentlichen Flusse, wie ich oben gezeigt habe, nicht vermuthet werden, daß die Wasserberechtigten ihre Rechte qua Privateigenthümer oder Vertreter von solchen ausüben, wenn man nicht das Widersprechendste annehmen will, d. h. daß einer und derselbe Fluß zugleich ein öffentliches und zugleich (wenn auch nur einzelnen Theilen nach) ein Privatwasser sei. Somit kann von keiner Besitzstörung die Rede seyn, wenn der Mühlinhaber durch die Einführung der Floß- oder Schifffahrt eine Beschränkung erleidet, welche ihm zwar faktisch den Wassergebrauch theilweise entzieht, nicht aber ihm etwas von dem, was er von Rechtswegen benützen zu dürfen glauben konnte, hinwegnimmt; ebensowenig als ein Hausbesitzer, welchem sein Nachbar durch Erhöhung seines Hauses die Aussicht verbaut, im Besitz seines Rechts auf freie Aussicht beeinträchtigt wird, ob er gleich faktisch einen Genuß verliert, dessen er sich bisher zu erfreuen hatte. Wollte man einwenden, daß gewiß jeder Mühlbesitzer an einem öffentlichen schiffbaren Flusse, auf welchem bisher weder Schiff- noch Floßfahrt betrieben wurde, der Meinung seyn werde, daß seine Wassergerechtigkeit von Rechtswegen durch Schiff- und Floßfahrt nicht eingeschränkt werden dürfe; so antworte ich hierauf, daß ebensowohl jeder Hausbesitzer der Meinung seyn kann, daß seine Aussicht durch das Höherbauen seines Nachbars nicht verdeckt werden dürfe, daß er von Rechtswegen eine freie Aussicht genieße, demungeachtet aber hiedurch kein rechtlicher Besitzer der serv. altius non tollendi wird[259]), und daß überhaupt

259) Savigny, Recht des Besitzes. S. 552. 553.

Niemand durch eine bloße einseitige Willensänderung sich in ein günstigeres Besitzverhältniß setzen kann, als dasjenige ist, in welchem er oder sein Besitzvorfahr ursprünglich sich befunden hat [260]. Dieser Rechtsgrundsatz gilt insbesondere in Beziehung auf den Verlust des Besitzes durch Stellvertreter [261]. Nun ist uns aber aus dem oben über die Natur der regalen Gerechtigkeiten Entwickelten bekannt, daß diese Rechte ihrem Fundamente nach Rechte der Regierungen sind, daß daher die Einzelnen nicht aus eigener Machtvollkommenheit, sondern nur als die Stellvertreter der betreffenden Staatsregierungen sie ausüben [262].) Wir haben ferner aus dem Begriff des öffentlichen Flusses als einer öffentlichen dem Verkehr entzogenen Sache und dem Begriff des Wasserregals als eines ausschließlichen Gebrauchsrechts der Regierung an dieser Sache nachgewiesen, daß letzteres Recht mit dem (ächten) Eigenthum des Wassers entfernt nichts gemein hat [263]. Es leuchtet somit ein, daß derjenige, welcher vom Staat eine regale Gerechtigkeit an einem öffentlichen Flusse überkommen, oder, was hier gleich ist, durch unvordenklichen Besitz solche erworben hat, weder das Eigenthum noch ein vom Eigenthümer übertragenes Recht ausübt (besitzt), und daß derselbe ebensowenig durch die bloße Absicht dieses Recht als sein eigenthümliches Recht auszuüben, die Wassernutzung in der Eigenschaft eines Privateigenthümers des Flusses zu genießen, sich zum Besitzer eines eigenthümlichen (im Gegensatz zum regalen) Wasserrechts umwandeln kann, daß vielmehr hier der altrömische Grundsatz Anwendung finden muß: causam possessionis neminem sibi mutare posse.

---

260) Ebendas. S. 56. ff. Thibaut, Besitz und Verjährung S. 18. k. Mühlenbruch, Pand.-Recht II. §. 235. am Schluß.

261) Savigny a. a. O. S. 388—392. Thibaut, System rc. I. Bd. §. 307.

262) Oben §. 48. Lit. B. Maurenbrecher, Privat-Recht. §. 271. S. 585.

263) Derselbe. §. 293. S. 626. u. oben §. 45 bei Not. 97.

§. 103. Es ist jedoch auch noch ein anderer Umstand in Betracht zu ziehen. Bekanntermaßen kann an den rebus publicis nicht nur kein Eigenthum erworben werden, sondern es ist an denselben auch ein (juristischer) Besitz nicht zulässig [264]. Behält man demnach nur die Eigenschaft des fließenden Wassers als einer öffentlichen Sache (im Sinne des römischen Rechts) im Auge; so muß man jeden Privatbesitz an derselben für unzulässig erklären. Zwar sind die öffenlichen Flüsse aus historischen Gründen Gegenstände gewisser dinglicher Rechte, der Regalien geworden, und es können daher diese Rechte auch ausgeübt werden, es ist ein Besitz solcher Rechte zulässig. Dies ist und bleibt aber, wie oben ausführlicher gezeigt wurde, eine Rechtssingularität, und kann daher aus der Zulässigkeit dieser Art von (quasi-) Besitz kein Schluß auf die rechtliche Möglichkeit eines anderen, ausgedehnteren Besitzes gezogen werden. Für den Besitz im strengen Sinne des Worts insbesondere, d. h. den dem Eigenthum entsprechenden faktisch-rechtlichen Zustand, sind und bleiben die öffentlichen Flüsse unfähig, da die Ausnahme in Betreff der Regalien die obige Regel nur bestärkt. Wir haben hiemit also einen weiteren Grund, aus welchem sich der Inhaber der Wassergerechtigkeit, mag er den Willen haben oder nicht, im Besitz einer eigenthümlichen und daher ausschließlichen d. h. uneingeschränkten Wasserbenützung nicht befinden und somit, auch abgesehen von der Regel über die Veränderung der causa possessionis, nicht den Entschluß fassen kann: daß er das Wasser von nun an als Eigenthum besitzen wolle.

Daß übrigens auch die Beschaffenheit des Mühldammes keinen derartigen Besitzstand begründen kann, daß

264) Oben Not. 47a und Maurenbrecher ibi cit. Mühlenbruch, Pandecten-Recht II. §. 218. 232. Thibaut, System. I. §. 297e. Derselbe über Besitz und Verjährung §. 10 A. S. 14. Savigny. Recht des Besitzes. §. 9. S. 111. Not. 4. (5. Aufl.)

die Zumuthung, einen Einschnitt in denselben zur Durchlassung der Schiffe oder Flöße zu machen, eine Besitzstörung enthielte, geht schon aus dem hervor, was wir oben (§. 70 bei Not. 167. 168.) hinsichtlich des Rechts des Mühlinhabers an dem Mühlwehre bemerkt haben. Hienach steht dem Mühlberechtigten kein Eigenthum oder dem Eigenthum vergleichbares Recht (z. B. kein Superficiar-Recht) an den Wasserbauten, insbesondere dem Mühldamme zu; derselbe kann daher auch keinen dem Eigenthum oder einem diesem verwandten Recht entsprechenden Besitz an diesen Baulichkeiten erwerben, so wenig als er an dem Wasser selbst einen solchen ausüben kann. Das Rechtsverhältniß ist ganz dasselbe in Beziehung auf den Fluß, dessen Bett und Alles, was auf der Sohle des Flusses errichtet ist [265]. Da ferner, wie wir oben (§. 71. bei Not. 169.) gesehen haben, das Recht des Werkbesitzers an den Wasserbau weiter nicht, als die Befugniß ist, gewisse bauliche Anlagen Behufs der Benützung seiner Wasserkraft im Flusse zu errichten und zu unterhalten, diese Benützung selbst aber keine ausschließliche jeden anderen Wassergebrauch verhindernde, vielmehr eine durch die sonstige Wasserbenützung möglichst beschränkte ist (oben §. 68. bei Not. 164—166.); so kann auch jene Befugniß sich nicht über den Umfang des Rechts selbst, welchem sie dient, erstrecken, sie muß den gleichen Beschränkungen unterliegen, wie dieses, und das gleiche muß von dem (rechtlichen, juristischen) Besitz gelten. Das Gesagte dürfte genügen, um auch den vom Wasserbau hergenommenen Einwand zu beseitigen und zu zeigen, daß auch hier eine Besitzstörung nur vom Standpunkte der Proprietätstheorie gedenkbar ist.

§. 104. Aus allem bisher Entwickelten wird sattsam hervorgehen, daß die Annahme, als werden durch die Einrichtung der Schiff- und Floßfahrt auf einem öffentlichen

---

265) Cfr. oben Not. 167.

schiff- und floßbaren Flusse die Rechte der Wasserwerksbesitzer verletzt, ihr rechtmäßiger Besitz gestört, auf unrichtigen Prämissen beruht, nämlich auf der irrigen Voraussetzung, als stünden diesen Berechtigten wahre Eigenthums- oder doch dem Eigenthum nahe verwandte Rechte am Wasser und an den Wasserbauten zu. Mit der Rechtsverletzung, der Besitzstörung muß aber natürlich auch der Anspruch auf Ersatz hiefür wegfallen. Denn auf was sonst sollte sich dieser Anspruch gründen lassen? Eine Schadensersatzforderung setzt doch gewiß ein entäußertes, verlorenes Recht von Seiten des Beschädigten, und eine rechtsverletzende Handlung von Seiten des Beschädigenden voraus. Dieß versteht sich so von selbst, daß es jeder Nichtjurist, ohne sich zu besinnen, zugeben wird. Wo ist nun aber das Recht des Mühlinhabers, welches entäußert, verloren wurde, sobald man von der Voraussetzung eines ursprünglich beschränkten Wasserrechts ausgeht? eine Voraussetzung, welche wir oben zur Genüge nachgewiesen zu haben glauben. Wo ist ferner die rechtsverletzende Handlung, wenn, wie gleichfalls oben eines Breiteren ausgeführt wurde, die Staatsbehörde nur eine ihr obliegende Pflicht erfüllt, ein ihr zustehendes unveräußerliches, neben der regalen Gerechtigkeit bestehendes Recht ausübt, indem sie auf dem (von Natur) schiffbaren Fluß den Gebrauch der Schiff- oder Floßfahrt einführt und die hiezu nöthigen Anstalten bewerkstelligt? Ist hier nicht der Rechtssatz: „nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet“ vollkommen an seinem Platze [266])?

---

266) L. 24. §. fin. L. 26. D. de damno inf. (39. 2.) L. 55. L. 151. §. 1. D. de R. J. (50. 17.) Vergl. oben §§. 40. 47. 50. 52. 68. 69. Zwar meint Hofacker a. a. O. S. 61.: die Berufung auf den letzteren Rechtssatz enthalte einen circulus in demonstrando, denn vorher müße bewiesen werden, daß der Floßberechtigte (als welchen er die „Finanzverwaltung“ supponirt) ein unbedingtes absolutes Recht habe, und will den vermeintlichen „Trugschluß“ in der Note 2. durch das Beispiel von einer Landstraße, welche man Jemand durch seinen Garten führt, ad oculos demonstriren. Allein derselbe hat zweierlei

Nunmehr wird es auch zur Evidenz nachgewiesen seyn, daß man nicht auf halbem Weg stehen bleiben, und zwar der Staatsgewalt das Recht, die Behufs der Schiff- und Floßfahrt erforderlichen Vorkehrungen ohne Rücksicht auf die hieraus für die Werksbesitzer sich ergebenden Nachtheile zu treffen, zuerkennen, dagegen ihre Rechtsverbindlichkeit, die letzteren zu entschädigen behaupten darf, ohne sich der gröblichsten Inconsequenz schuldig zu machen [267]). Denn sobald

---

hiebei übersehen: einmal, daß der Rechtssatz: nemo damnum etc. nicht dafür beweisen soll, daß der Floßberechtigte in seinem vollständigen Recht handelt, sondern nur dafür, daß derselbe dieses letztere vorausgesetzt, keinen Schaden zu ersetzen braucht; und dann, daß es nicht darauf ankommt, ob das Recht der Schiff- und Floßfahrt ein unbedingtes absolutes Recht, sondern darauf, ob das des Wasserberechtigten ein solches, oder ob es nicht vielmehr ein beschränktes, neben andern Rechten bestehendes Recht ist. Wenn übrigens unmittelbar vorher Hofacker behauptet: „das Floßrecht habe die Verpflichtung in sich, den Schaden zu ersetzen," so könnte man versucht seyn, den Vorwurf des circulus in demonstrando gegen ihn zu kehren, sofern man überall den logischen Beweis, daß ein Schaden (im rechtlichen Sinne) vorhanden sey, vermißt. Was endlich das Beispiel betrifft, so paßt dasselbe wenigstens in keiner Weise auf den Fall der Einführung der Schiff- und Floßfahrt auf einem schiffbaren Flusse. Denn zunächst wird bei Anlegung der Landstraße eine öffentliche Sache erst geschaffen, bei Einrichtung der Floß- und Schifffahrt auf einem öffentlichen, floß- und schiffbaren Flusse ist sie schon da; sodann trifft die Staatsbehörde die Floß- oder Schifffahrtseinrichtung nicht kraft des Floß,-Schifffahrtsregals, sondern kraft ihres dem Staatseigenthum inwohnenden Dispositionsrechts über den öffentlichen Fluß als solchen; endlich wird dem Wasserberechtigten kein Recht entzogen, wohl aber dem Gartenbesitzer. Denn das Recht des ersteren ist ein vom Anfang beschränktes, das des letzteren ein ausschließliches (das Eigenthum). Allerdings findet der Grundsatz: nemo damnum etc. auf das Expropriations-Recht keine Anwendung, was auch gewiß noch Niemand hat behaupten wollen, denn dieses Recht, welches seiner Natur nach ein gesetzliches Unrecht ist, entbindet den Staat ebendeßhalb nicht von der Pflicht der Entschädigung. Diese Verbindlichkeit liegt vielmehr in dem Begriff des Expropriations-Rechts.

287) Hofacker a. a. O. S. 93. gibt dieß auch zu, indem er ausdrücklich sagt: die Finanzverwaltung würde auch gegen vollständige Entschädigung ein Zwangsrecht gegen die Werksbesitzer nicht erlangen, und

man eine Rechtsverletzung gegenüber den Wasserberechtigten, einen Eingriff in ihre wohlerworbenen Rechte zugesteht, so muß man nicht nur ihren Rechtsanspruch auf Entschädigung anerkennen, sondern ihnen auch die Befugniß einräumen, die Beschränkung ihrer Rechte der Staatsgewalt, welche solche verlangt, unbedingt zu verweigern, eine Befugniß, welcher gegenüber die letztere nur mittelst „des äußersten Rechts" d. h. im Wege der Expropriation ihr Vorhaben ausführen kann, wenn anders die Voraussetzungen dieses Rechts zutreffen. Also entweder keine Beschränkung des Wassergebrauchs der Werksinhaber für die Zwecke der Schiff- oder Floßfahrt, als im Wege der Expropriation, oder Beschränkung desselben ohne Expropriation und auch ohne Entschädigung; tertium non datur.

§. 105. Anders stellt sich freilich Alles nach den Grundsätzen des fiskalischen Eigenthums an den öffentlichen Flüssen, nach der Proprietätstheorie. Da hier die Wassergerechtigkeit nichts anderes, als ein vom (wahren) Eigenthümer verliehenes Recht ist, so kommt es lediglich darauf an, in wie weit der letztere sein eigenthümliches Recht auf einen Andern übertragen, an ihn vergeben hat, und in so weit kann er solches nicht mehr selbst ausüben. Hat daher unter dieser Voraussetzung der Staat an einem öffentlichen floß- und schiffbaren Fluße zu einer Zeit, zu welcher weder Floß- noch Schifffahrt auf demselben betrieben wurde, eine Wassergerechtigkeit an einen Einzelnen unbedingt verliehen, und will nachher den Fluß zur Schifffahrt ꝛc. einrichten, und zu diesem Zwecke die Wasserbenützung des letzteren beschränken, so kann er dieß nur gegen vollständige Entschädigung und unter der Voraussetzung thun, unter welcher überhaupt ein wohlerworbenes Recht vom Staat entzogen werden darf,

---

indem er überall die Expropriation als die alleinige Bedingung, unter welcher der Wassergebrauch der Werksbesitzer beschränkt werden kann, postulirt, vergl. z. B. S. 53.

d. h. im Expropriationswege. Daher hat Hofacker[268]) von diesem Standpunkte aus ganz Recht, wenn er sagt: die Regierung habe das Recht den Fluß mit Ausschluß oder Verhinderung des gemeinen Gebrauchs zum Werksbetriebe zu benutzen oder benutzen zu lassen, ohne daß irgend Jemand Einsprache thun dürfte. Wenn sie nun von diesem Rechte Gebrauch gemacht und über das öffentliche Wasser disponirt habe, so habe sie dieß nicht im Sinne des römischen Rechts gethan u. s. w. Man kann sogar diesem Schriftsteller Recht geben, wenn er an einem anderen Orte[269]) sagt: „in Beziehung auf das Recht des Inhabers mache es keinen Unterschied, ob die Regierung die Wassergerechtigkeit kraft des Wassereigenthums, oder bloß kraft des Mühlregals oder ausschließliches Wassernutzungsrecht vergeben hat, sie hatte einmal das Recht, sie zu vergeben"; sobald er unter dem Wassereigenthum das fiskalische Eigenthum, und unter dem Mühlregal einen Ausfluß des letzteren versteht. Nur sollte der Verfasser sich bestimmt hierüber aussprechen, da man aus seiner Berufung auf Mittermaier und Maurenbrecher als Hauptautoritäten leicht die Meinung schöpfen könnte, er sey auch hinsichtlich des Eigenthumsbegriffs mit diesen Schriftstellern einverstanden[270]), welche letztere, wie wir oben (bei Not. 54. 57. 58.) gesehen haben, doch von einem ganz anderen Eigenthumsbegriffe ausgehen, und auch den Begriff des Mühlregals nicht aus dem Eigenthume ableiten[271]).

---

268) Hofacker a. a. O. S. 80.

269) Ebendaselbst. S. 39. 40.

270) S. 22. der Schrift von Hofacker werden als die neuesten bewährtesten Lehrer des deutschen Staats- und Privatrechts nächst Eichhorn die im Text genannten beiden Schriftsteller angeführt, mit dem Anfügen: „man wird es daher natürlich finden, wenn der Verfasser vorzugsweise sich auf dieselben beruft" und an den in der vorhergehenden Note 268. 269. angeführten Stellen wird (S. 81. Not. 1. S. 40. Not. 4.) auch wirklich Maurenbrecher allegirt.

271) Maurenbrecher §. 293. Mittermaier, Grundsätze. §. 237. und oben Not. 166.

Zweiter Titel.

Ansichten der Schriftsteller.

---

§. 106. So sehr die bisher entwickelten Grundsätze in Betreff der Entschädigung der Wasserberechtigten bei Einrichtung der Schiff- und Floßfahrt in der Natur der Sache gegründet sind, aus den Principien über das Staatseigenthum der öffentlichen Flüsse und die regalen Rechte an den Gebrauch derselben mit logischer Nothwendigkeit sich ergeben; so haben dieselben bis jetzt doch wenig Anerkennung gefunden. Vielmehr herrscht bei den meisten Schriftstellern über das Wasserrecht, zumal bei den älteren, in diesem Punkte die größte Principlosigkeit, der größte Mangel an wissenschaftlichem Zusammenhange. Auch viele neuere Germanisten haben die Frage ganz beiläufig behandelt, und meist nur die Ansichten der älteren Autoren referirt, nicht aber die Entscheidung den von ihnen aufgestellten Principien gemäß ertheilt. Hiezu kommt noch, daß die Mehrzahl der Schriftsteller bei Beantwortung dieser Frage die verschiedenen Fälle nicht deutlich auseinander hält, so daß es häufig schwer wird, zu entscheiden, ob von der Schiff- oder Floßbarmachung eines Privatflusses, oder eines öffentlichen, von Natur nicht schiff- und nicht floßbaren Flusses, oder von der Einführung der Schifffahrt rc. auf einem natürlich-schiffbaren Flusse, ferner, ob von dem Conflict bei Einführung der Schifffahrt und Flößerei, oder von Streitigkeiten aus Veranlassung des Betriebs die Rede ist.

Im Folgenden habe ich mich bemüht, diejenigen Stellen älterer und neuerer Schriftsteller, welche von E i n r i c h t u n g d e r S c h i f f - o d e r F l o ß f a h r t a u f f l i e ß e n d e n W a s s e r n, so wie von der hiedurch veranlaßten E n t s c h ä d i g u n g d e r W a s s e r w e r k s b e r e c h t i g t e n ü b e r h a u p t sprechen, zusammenzustellen, wobei sich indessen zeigen wird, daß f a s t

alle nur von dem Fall der eigentlichen Schiffbarmachung handeln.

§. 107. Der älteste deutsche Schriftsteller über das Wasserrecht, der oben Note 33 allegirte Noë Meurer (1570) berührt die controverse Frage gar nicht, und sagt nur ganz allgemein: daß bei Wassergerechtigkeiten, welche er als Servituten (nach römischem Rechte) betrachtet, „in fürfallenden Streitigkeiten" Bedacht zu nehmen sey, „ob der, so die Wasser gebrauchen oder führen will, jemands dadurch einen Nachtheil oder Schaden zufüg [272]." Ein anderer Schriftsteller aus der Mitte des 17. Jahrhunderts (1652) Francisc. Stypmannus, welcher in seiner Abhandlung: de jure maritimo et nautico, pars II. Cap. 5. von dem jus fluminum handelt, schweigt gleichfalls hierüber [273]. Ebensowenig findet sich etwas unter den übrigen in Ahasver. Fritschii jus fluviaticum gesammelten Abhandlungen und Rechtsgutachten von Schriftstellern des 17. Jahrhunderts [274]. Der erste, bei welchem ich des Gegenstandes erwähnt gefunden habe, ist der soeben erwähnte Fritsch selbst in seiner Abhandlung über das Floßrecht [275], wie denn überhaupt dieser Schriftsteller die Frage von den Conflicten zwischen der Flößerei und den Wasserwerksgerechtigkeiten zuerst einer genaueren Erörterung unterworfen zu haben scheint. Indessen ist auch hier die Ausbeute noch sehr mager. Fritsch spricht in den vorhergehenden §§. vom Auswerfen des Floßholzes und der Benutzung der Grundstücke der Unterthanen zu diesem Behufe, sowie von dem Verlust dieses Rechts durch non usus und sagt dann weiter [276]):

---

272) Cfr. bei Fritsch, jus fluv. 1672. S. 1049.

273) Bei Fritsch l. c. S. 4. ff.

274) Z. B. J. Oettinger, von Meeren und Flüssen, J. Gryphiander, de insulis etc.

275) Cfr. oben Note 133. 195.

276) Cap. V. Sect. II. Nr. 14. 15. (in dem jus fluv. S. 127. 128. abgedruckt).

„Illud etiam observandum, quando vel inter flumen ac sylvam nimis longa est distantia, vel flumen ipsum non satis profundum, daß durch Flößgraben, Wasserleitungen, Tämme, Floßteiche, und anders die Wasserläuffte verstärkt werden. Seckend. d. l. n. 5.“

„Quaeritur autem: an dominus territorii in subditorum agris ac praediis, ipsis invitis, ejusmodi fossas et aquarum receptacula, Schleussen, facere possit? Ass. arg. L. si locus. 14. §. ait. quemadmod. serv. amitt. Gail. 2. obs. 56. anne vero princeps ad repensationem damni tenebitur? Omnino. Cum enim Reipubl. causa civibus quaedam adimuntur, pretium refundi, aut aequivalens retribui oportet. l. 14, P. 13. commun. praed. conf. D. Mevius discuss. levam. inop. debit. c. 1. n. 45. et seqq. Myler de Stat. Imper. c. 59.“

Es kann wohl kaum einem Zweifel unterliegen daß Fritsch hier den Fall der Floßbarmachung beziehungsweise der Anlegung von Floßgräben, kurz eine künstliche Floßeinrichtung im Auge habe. Dem ersten Satz zu Folge ist zunächst von einem Fluß die Rede, welcher an dem Walde, wo das Floßholz gewonnen wird, nicht unmittelbar vorbeifließt, so, daß eine künstliche Zuleitung, ein Kanal, „Floßgraben“ angelegt werden muß, um das Holzerzeugniß in den Fluß zu befördern, und dann von einem Floßwasser, welches von Natur zum Flößen zu schwach, zu seicht ist, dem daher durch Wasserstuben „Floßteiche“ und dgl. nachgeholfen werden muß. Hiezu passen auch die folgenden Worte ganz gut, indem unter den fossis die Floßgräben, Kanäle, unter den receptaculis aquarum Wasserstuben und, wie der Verfasser selbst beifügt, „Schleußen“, kurz Vorrichtungen zum Schwellen des Wassers zu verstehen sind. Wenn nun zu diesem Behufe die Unterthanen ihre Güter, ihren Grund und Boden (agros, praedia) hergeben sollen, so müssen sie sich dieses zwar gefallen lassen, denn es geschieht zum Besten des gemeinen Wesens (reipublicae causa), allein der

Werth muß ihnen entweder in Geld oder in Natur vollständig erstattet werden (pretium refundi aut aequivalens retribui oportet). Man kann hiebei, wenn man will, auch an den Fall denken, wo eine Schleußeneinrichtung in ein Mühlwehr gemacht und dem Müller hiedurch das Mühlwasser ganz oder theilweise entzogen wird, auf welchen Fall wir weiter unten (§. 115.) zurückzukommen Veranlassung haben werden. Immer ist jedoch nur von der Floßbarmachung eines fließenden Wassers die Rede, welche nach seiner natürlichen Beschaffenheit zum Flößen nicht taugt, und nicht von dem (§. 103. 104.) angeführten Falle der Bewerkstelligung der Flößerei auf einem floßbaren Wasser mittelst Beseitigung einzelner natürlicher insbesondere aber künstlicher Hindernisse [277]).

Wir haben hier unter allen Umständen ein Entscheidungsprincip, wie es bei jeder Expropriation heut zu Tage in Anwendung kommt, nämlich den Grundsatz: daß Niemand sein Eigenthum zu Staatszwecken ohne Entschädigung entzogen werden dürfe, und Hofacker [278]) hat daher vollkommen Recht, wenn er meint, daß dieß gerade wie der §. 30. der Württemb. Verf.-Urkunde laute. Zugleich haben wir aber auch den ersten Beleg für die oben aufgestellte Behauptung: daß bei Beantwortung der Frage die verschiedenen Fälle aufs Genauste zu unterscheiden sind; wie denn dieser Schriftsteller für den Fall, den er im Auge hatte, hier den richtigen Grundsatz anwendete, einen Grundsatz, der aber auf einen anderen, z. B. den jetzt uns vorliegenden Fall angewendet, offenbar falsch wäre, wie aus dem oben (§. 104.) Bemerkten sich ergeben hat. Wir werden in der Folge Veranlassung haben, zu bemerken, wie wenig genau es spätere Schriftsteller bei Benützung solcher Stellen älterer Autoren genommen haben.

---

277) Vergl. auch oben §. 89.

278) a. a. O. S. 49.

§. 108. Zweifelhafter ist es, welchen Fall der Autor im Auge hatte bei der Stelle, welche ich nun zunächst anführen will und zwar aus einem Schriftsteller vom Anfang des vorigen Jahrhunderts: v. Rohr, in seinem Haushaltungsrecht[279]) handelt im VIII. Buch. V. Cap. „vom Recht der Schleußen". und erörtert bei dieser Gelegenheit insbesondere die Frage (§. 8.): „ob auch denjenigen, die auf dem Untertheile des Stromes eine Mühle besitzen, das Befugniß, die Erbauung der Schleußen zu verwehren, zukomme, wenn etwan der Gebrauch der Mühle ihnen hiedurch entzogen werden könnte."

Zunächst wird nun bemerkt, daß zwar die Schleußenanlage dem unteren Müller in der Regel nicht schaden werde, weil die Schleußen nicht im Flusse selbst, sondern in einem abgesonderten Canal erbaut zu werden pflegen. „Da nun aber" heißt es weiter

„die Beschaffenheit des Orts nicht allenthalben dergleichen zulassen will, zumal wenn das Wasser über steinerne Dämme und Wehre zur Mühle geleitet wird, welche erst ruinirt werden müßten, wenn man auf dem Strome schiffen wollte; so glaube ich, daß diese Frage so gar nicht unnöthig und deren Decision nicht außer allem Zweifel ist." „Es ist bekannt" — fährt v. Rohr fort, — „daß die Mühlen heutiges Tags an den meisten Orten auf einem Flusse, ob er gleich vor eines eigenthümlichen Grundstücken vorbei fließt, nicht angelegt werden können, als nachdem des Landesfürsten Einwilligung und Bestätigung dazu gekommen." — „Bei so gestalteten Sachen scheint es, daß ein Fürst keinem andern verstatten könne, das Recht auf dem Obertheile eines Flusses eine Mühle zu bauen, wenn der Untermüller einigen Schaden davon hat." — „Welchen actum aber der Fürst nicht bestätigen kann, den kann er auch selbst nicht vornehmen. Dieses hat wohl einigen

279) v. Rohr, Haushaltungsrecht, Leipz. 1716. VIII. Buch. V. Cap. §. 8. S. 267. 268.

Schein, aber keinen Grund, wenn man bedenket, daß einem Fürsten bei der Beförderung des allgemeinen Besten des Landes alles freistehe."

Wenn man diese Stelle liest, so glaubt man im Anfang, man habe ganz den gleichen Fall vor sich, welchen der zuerst allegirte Autor (Fritsch) im Auge hatte, eine Canal- und Schleußenanlage auf fremdem Privateigenthum. Liest man weiter, so kommt man zu der Ansicht, es handle sich von der Einrichtung der Schifffahrt auf einem natürlich-schiffbaren Flusse, und von der Beseitigung künstlicher Hindernisse derselben. Aber auch von dieser Meinung ist man versucht wieder abzukommen, wenn man noch weiter unten bemerkt, daß von einem Flusse die Rede ist, welcher „vor eines eigenthümlichen Grundstücken vorbeifließt," was nach der Ansicht der älteren Rechtslehrer ein Merkmal eines Privatwassers war und wohl in diesem Sinne auch hier angeführt ist, und man muß daher wieder glauben, daß es sich doch von eigentlicher Schiffbarmachung handle. Das Entscheidungsprincip endlich ist das Gleiche, wie bei Fritsch am zuletzt angeführten Orte, nämlich das der Expropriation.

So viel leuchtet indessen auf den ersten Blick ein, daß aus den hier aufgestellten Rechtsprinzipien nicht viel Weisheit zu schöpfen ist. Denn abgesehen davon, daß man, wie bereits bemerkt wurde, lediglich nicht weiß, welchen Fall der Autor eigentlich im Auge hat, abgesehen auch davon, daß zuerst von dem „entzogenen Gebrauch," von dem „ruinirten Mühldamm", nachher aber nur von „einigem Schaden" die Rede ist, wird nach Analogie eines Falles entschieden, welcher eine analoge Anwendung auf den vorliegenden nicht gestattet, weil hier ein Conflict mit einem von dem Rechte der Schifffahrt wesentlich verschiedenen Rechte besteht. Es ist doch gewiß ein großer Unterschied, ob zwei regale Wasser- (Werks-) Gerechtigkeiten mit einander concurriren, oder ob die Schifffahrt mit einer Mühlengerechtigkeit in Conflict geräth! Dieß wird nach dem bisher Ausgeführten keiner näheren Begründung bedürfen. Auch

bleibt der Schriftsteller seinem Grundsatze nicht einmal in Beziehung auf den Conflict der beiden Mühlgerechtigkeiten treu, indem er weiter unten [280]) den Satz aufstellt: daß es Einem vergönnt sey, auf einem öffentlichen oder Privatstrom eine Mühle zu bauen, „obgleich der Andere auf dem Ober- oder Untertheil des Flusses eine Mühle allbereits habe, und also einige Einbuße leide."

§. 109. Ich komme nun an zwei Stellen des berühmten Publicisten Joh. Jak. Moser, welcher in seinem Buche von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers [281]) auch die Frage von der Schiff- und Floßbarmachung der Flüsse berührt und hiebei (Cap. 20, §. 2.) bemerkt:

„Ein Landesherr ist befugt, die Flüsse in seinem Land, so es bisher noch nicht gewesen seynd, schiffbar zu machen: doch muß es allemal ohne Nachtheil eines Drittens geschehen."

Deßgleichen (Cap. 21. §. 4. a. E.):

„Zur Beförderung des Flößens stehet endlich einem Landesherrn auch frei, Bäche oder Flüße flözbar zu machen, oder Canäle zum Behuf des Flözens zu graben; doch alles ohne Nachtheils derer Unterthanen, oder eines anderen Drittens."

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß diese beiden Stellen von der Schiff- und Floßbarmachung im engeren, eigentlichen Sinne handeln, nämlich von der Verwandlung eines natürlich nicht schiff- und floßbaren Wassers in ein solches mittelst künstlicher Anlagen. (Vergl. oben §. 87. 88.) Daß nicht von der Einrichtung der Schifffahrt und Flößerei auf solchen Flüssen die Rede ist, welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach schiffbar sind, erhellt nicht nur, was die erste Stelle betrifft, aus den Worten: „so es bisher noch nicht gewesen sind," woraus

280) v. Rohr a. a. O. VIII. Buch Cap. 9. S. 1339.

281) Joh. Jak. Moser, von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers. Frankf. und Leipzig 1773. S. 230. 235.

zugleich hervorgeht, daß Moser auch eine Schiffbarmachung von, oder vielmehr Einrichtung der Schifffahrt auf, bereits (von Natur) schiffbaren Flüssen kennt und von dem Fall, welchen er hier im Auge hat, ausdrücklich unterscheidet; sondern auch, was die zweite Stelle betrifft, aus der Erwähnung von Bächen und Canälen, woraus hervorgeht, daß Moser auch unter „den Flüssen" keine von Natur floßbaren Flüsse versteht. Also auch Moser hat den Expropriationsfall im Auge, wie er denn auch seine Entscheidung ganz den jetzt gültigen Expropriationsgrundsätzen gemäß ertheilt.

§. 110. Auf ganz ähnliche Weise verhält es sich mit folgender Stelle von Strube, rechtliche Bedenken [282]), welche bei Erörterung der Entschädigungsfrage von den neueren Germanisten fast überall, ohne Unterscheidung der verschiedenen Fälle, allegirt wird:

„Wenn gleich die Flüsse der Landesherrschaft nicht eigenthümlich zustehen, so mag sie jedoch sowohl diejenigen schiffbar machen, die es bisher nicht gewesen, als die Heerstraßen verlegen, und die Unterthanen nöthigen, zu solchem Behuf von dem Ihrigen etwas herzugeben, wenn man den Handel und Wandel, mithin das gemeine Beste dadurch befördert, und die Eigenthümer schadlos gehalten werden."

„Ueber dieses Hoheitsrecht, welches dem Gesetzgeber zusteht, darf er sich mit seinen Unterthanen in keinen Prozeß vor den Landesgerichten einlassen, als welche darüber nicht zu erkennen haben, ob die legislatoria potestas gebührend ausgeübt wird. Beschwert sich aber Jemand darrüber, daß ihm die Schifffahrt Schaden bringe, so ist die Erörterung der Fragen: Ob 1) ein solcher Schade

---

282) Strube, rechtliche Bedenken, 1761. II. 88. Ausg. von Spangenberg, Hannov. 1827. 89. Bed. S. 469. (eine Präjudiciensammlung.)

vorhanden? und 2) wie hoch er zu schätzen? an die Gerichte zu verweisen."

Diese Stelle besagt offenbar nichts anderes, als; „Obwohl die Flüsse nicht ein Privateigenthum der Landesherrschaft sind, so ist dieselbe demungeachtet befugt, die bisher (von Natur) nicht zum Schiffen tauglichen hiefür einzurichten, gerade so, wie sie auch die Heerstraßen verlegen und die Unterthanen nöthigen darf, zu solchem Behuf ihr Eigenthum abzutreten, wenn hiedurch der Handel und Wandel befördert wird, die Abtretung also zu allgemeinen Staatszwecken und gegen Entschädigung der Eigenthümer erfolgt. Dieß ist eine öffentlich-rechtliche, aus der Souverainetät fließende Befugniß des Landesherrn, über deren Ausübung kein Prozeß vor den Landesgerichten zwischen der Staatsbehörde und den Unterthanen zuläßig ist, weil die Staatsgewalt hier aus souverainer Machtvollkommenheit, gleichsam als Gesetzgeber, handelt. Dagegen sind die Gerichte allerdings competent, wenn es sich darum handelt, welche Entschädigung die durch diese Einrichtung der Schifffahrt benachtheiligten Privaten ansprechen können, und es ist daher ein Streit über das Ob? und das Wie viel? des Schadens an die ordentlichen Civilgerichte zu verweisen."

Nach dem ganzen Zusammenhang kann ich keinen anderen Sinn, als diesen, in der Stelle finden, und ich habe deßhalb eine genaue exegetische Erläuterung, eine Art Uebersetzung, beifügen zu müssen geglaubt, weil, wie gesagt, diese Stelle so häufig als Beleg für Rechtssätze angeführt wird, von welchen der Verfasser hier gar nicht handelte. Der letzte Satz insbesondere könnte zwar, an und für sich betrachtet, wenn er allein da stünde, auf alle und jede Ersatzansprüche aus Veranlassung der Schifffahrt bezogen werden. Allein der Zusammenhang gestattet dieß nicht, denn der Verfasser spricht überall nur von Schiffbarmachung derjenigen Flüsse, die bisher nicht schiffbar waren, nicht von einer bereits bestehenden Schifffahrt; es kann daher nur von der in

diesem Falle, d. h. nach Expropriationsgrundsätzen zu leistenden Entschädigung die Rede seyn. Den besten Commentar zu dieser Stelle liefert der §. 30. der Württembergischen Verfassungsurkunde [283]), in welcher Beziehung mir die Stelle immer merkwürdig war. Man könnte ferner versucht seyn, zu glauben, daß der Verfasser ebensowohl die Schiffbarmachung im engeren eigentlichen Sinne, als auch die Einrichtung der Schifffahrt, von welcher wir hier sprechen, im Auge gehabt habe. Allein dieser Annahme widerstreiten nicht nur (die mit der oben allegirten Stelle bei Moser gleichlautenden) Worte: „die es bisher nicht gewesen," sondern es spricht gegen solche auch die beigezogene Analogie der Verlegung der Heerstraßen, wobei offenbar an die Herstellung eines neuen Communikationsmittels für den „Handel und Wandel" nicht an die Benützung eines bereits vorhandenen gedacht werden muß. (Vergl. das oben §. 40. und Not. 78. 79. ferner §. 87—89. Ausgeführte). Endlich könnte es sich noch fragen, ob Strube zunächst an die Schiffbarmachung von Privatflüssen gedacht, oder überhaupt die Schiffbarmachung aller nicht von Natur schiffbaren (also auch der öffentlichen) Flüsse gemeint habe. Wollte man das Erstere annehmen, so müßte man die Worte: „wenn gleich die Flüsse" u. s. w. als gleichbedeutend nehmen mit: „Wenn auch ein Fluß nicht zu den öffentlichen, d. h. zu den der Landesherrschaft eigenthümlich zustehenden gehört u. s. w." Es scheint jedoch hingegen die Fassung des Satzes und der ganz allgemeine in der Mehrzahl gesetzte Ausdruck „die Flüsse" zu sprechen. Es bleibt daher wohl nichts übrig, als

---

283) Die einschlagende Worte dieses §. lauten: „Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum und andere Rechte für allgemeine Staats- oder Corporationszwecke abzutreten, als nachdem der Geheimerath über die Nothwendigkeit entschieden hat, und gegen vorgängige volle Entschädigung. Entsteht aber Streit über die Summe der Entschädigung, so ist die Sache im ordentlichen Rechtswege zu erledigen."

die Worte: „nicht eigenthümlich zustehen" vom Eigenthum im engeren (privatrechtlichen) Sinne zu verstehen, und so auszulegen, daß der Autor damit sagen will: es lasse sich das Recht der Schiffbarmachung nicht aus einer Proprietät der Landesherrschaft in Hinsicht auf die Flüsse ableiten, wornach dann diese Stelle zugleich als ein Beleg gegen die Lehre der Eigenthumstheoretiker erscheint und eine Bestätigung der oben (§. 40. Not. 78. 79.) aufgestellten Sätze und der daselbst gegebenen Begriffsbestimmung und Begränzung des öffentlichen Eigenthums abgibt. Uebrigens ist es für unsere gegenwärtige Betrachtung gleichgültig, welcher Auslegung man den Vorzug geben will, denn in beiden Fällen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Strube die eigentliche Schiffbarmachung, nicht aber die Einführung der Schifffahrt auf solchen Flüssen im Auge hat, welche von Natur schiffbar sind.

§. 111. Hieran schließt sich ein weiterer Rechtsspruch der Justiz-Canzlei zu Hannover v. J. 1777. unmittelbar an, welcher in v. Bülow und Hagemann's rechtlichen Erörterungen [284]) angeführt ist, und sich auf die Floßbarmachung eines kleinen Flüßchens „Dieße" bezieht, das vom Sollinger Wald, einem im Westen an den Harz stoßenden Gebirgsrücken herabkommt und in die Leine fließt. Diesem Unternehmen hatte sich nämlich ein Herr v. Dassel, dessen Besitzungen jenes Flüßchen durchströmte, widersetzt, weil seinen Grundstücken durch das Flößen (ohne Zweifel eine Scheiterflöße, wodurch das Brennholzerzeugniß jenes Waldgebirges in die Leine und auf solcher nach der Hauptstadt Hannover befördert werden sollte) Beeinträchtigungen und Schäden erwachsen würden. Es kam zum Prozeß zwischen gedachtem Gutsbesitzer und der Hannover'schen (Finanz-) Kammer hierüber, und die Justiz-Kanzlei erkannte folgendermaßen:

284) v. Bülow und Hagemann, Erörterungen, VI. Bd. 83. Erört. §. 1. S. 344.

„Nachdem der Implorant (v. Dassel) die Anlegung einer neuen, ad promovendam utilitatem publicam gereichenden Holzflöße, der ihm an den zu seinem Gute gehörenden Grundstücken dadurch erwachsenden Beeinträchtigungen und etwaigen Schäden unerachtet, zu widersprechen und solche zu behindern nicht berechtigt ist, anerwogen Königl. Kammer ihre Verbindlichkeit zur Entschädigung des Imploranten ihrerseits bereits anerkannt hat; der daraus entstehende Schaden aber von einer anzuordnenden Commission allerdings regulirt und festgesetzt werden kann. So werden des Imploranten Einwendungen und Protestationen damit als unbegründet verworfen, und ist, zur Bestimmung der ihm an seinen Grundstücken, aus der auf dem Dießeflusse anzulegenden Holzflöße erwachsenden Schäden Commissio erkannt."

In dem vorhergehenden Texte der Erörterung bemerkt der Verfasser [285]):

Auf kleineren, gemeinschaftlichen, zwar nicht schiff-, aber doch flößbaren Flüssen, Bächen und Gewässern kann nur der Landesherr oder die ihn repräsentirende Behörde, kraft der Polizei-Oberaufsicht zum gemeinen Besten das Floßwesen selbst anordnen und reguliren, oder Anderen die Erlaubniß hiezu ertheilen. Die Eigenthümer der Grundstücke, Schleußen, Mühlen u. s. w., welche der Fluß oder Bach in seinem Laufe berührt und durchfließt, haben zwar kein Widerspruchsrecht gegen die Floßeinrichtung selbst; aber sie können allerdings verlangen, daß der dadurch an ihren Ufern, Grundstücken, Fischereien, Mühlen u. s. f. verursachte Schaden ihnen vollständig ersetzt wird."

Am Schluß fügt der Verfasser bei: die Königl Justiz-Canzlei zu Hannover habe nach diesen Grundsätzen (in dem bereits angeführten Falle) erkannt.

Wir wollen nun vorerst das angeführte Rechtserkenntniß

---

285) v, Bülow und Hagemann a. a. O. S. 343.

näher betrachten, und erst nachher das von dem Verfasser der Erörterung hierüber Bemerkte in Erwägung ziehen.

Vorauszuschicken ist: daß die „Dieße," wie bereits bemerkt wurde, ein kleiner Fluß, oder nicht viel mehr, denn ein Bach ist, welcher sich nach einem Lauf von einigen Meilen in der Nähe des Städtchens Eimbeck in die Leine ergießt. Obwohl daher, wie es scheint, nur von einer Scheiterflöße die Rede ist, so muß man doch annehmen, daß dieses Wasser ohne künstliche Vorrichtungen hiezu nicht geeignet, d. h. daß es von Natur nicht floßbar war, vielmehr durch Anlegung von Wasserstuben, Erweiterungen des Bettes und dgl. erst zum Flößen tauglich gemacht werden mußte, welche Vorrichtungen gerade die Veranlassung zu den Beschwerden des Grundbesitzers v. Dassel gegeben haben mögen. Es deutet auch der Inhalt des Erkenntnisses in keiner Weise darauf hin, daß die „Dieße" schon zuvor floßbar gewesen wäre, vielmehr wird das Unternehmen als ein neues bezeichnet, und nicht etwa mit der Beschaffenheit des Flusses, als eines öffentlichen Wasserwegs, sondern einzig und allein mit dem öffentlichen Interesse gerechtfertigt. Dieß vorausgesetzt, haben wir aber hier offenbar ganz den gleichen Fall in Beziehung auf die Flößerei, wie an der oben allegirten Stelle von Strube hinsichtlich der Schifffahrt nämlich den Fall der Einführung der einen oder der anderen durch künstliche Mittel, kurz den Fall der Anlegung einer künstlichen Wasserstraße; und der angeführte Rechtsspruch gibt nur einen weiteren Beleg an die Hand, daß in diesem Falle die entgegenstehenden Privatrechte zwar weichen müssen, jedoch nur im Wege der Expropriation und gegen volle Entschädigung der Berechtigten, welche letztere Verbindlichkeit hier von Seiten der Königl. Kammer gar nicht bestritten worden war. Nur Eines könnte hier auffallen: nämlich daß eine Gerichtsstelle über die Expropriation erkannt hat, wiewohl der gleichzeitige Strube schon ein Präjudiz anführt, wonach die Landesgerichte nicht competent sind, in solchen Fällen zu entscheiden. Es läßt sich

dies jedoch dadurch wohl genügend erklären, daß zur damaligen Zeit überhaupt Justiz und Verwaltung noch nicht so streng geschieden waren, und daher entweder die Hannover'sche Justiz-Canzlei überhaupt auch administrativ-contentiöse Fragen zu entscheiden hatte, oder deren Competenz dadurch begründet wurde, daß die streitenden Theile sich freiwillig ihrem Spruch unterwarfen, aus dem einfachen Grunde, weil ohne Zweifel eine Administrativbehörde für Schlichtung derartiger Streitigkeiten nicht vorhanden war, noch weniger aber damals von einer eigenen Instanz in Expropriations-Sachen (wie z. B. in Württemberg nach §. 30. der Verf.-Urk. der Geheime-Rath eine bildet) die Rede seyn konnte, da sich die Expropriationstheorie erst später so weit ausgebildet hat[286].

§. 112. Auf eine andere Ansicht von dem vorliegenden Falle scheint indessen der oben angeführte Text der Erörterung, bei welcher der Rechtsspruch angeführt wird, hinzuleiten. Der Verfasser hat zuvor bemerkt, daß „Ströme und Flüsse (ohne zwischen großen und kleinen zu unterscheiden) zum Eigenthum des Staats gehören," und daß „selbst kleinere Bäche und fließende Gewässer, die zu den sog. gemeinschaftlichen Flüssen zu zählen seyen, allemal der Landespolizeigewalt untergeordnet bleiben," und spricht dann, wie wir oben gesehen haben, von Anordnung und Regulirung des Floßwesens „auf kleineren gemeinschaftlichen zwar nicht schiff-, aber doch floßbaren Flüssen, Bächen und Gewässern," und von der Entschädigung der Eigenthümer, welche hiedurch benachtheiligt werden. Man sollte meinen, es sey hier einestheils von der Benützung solcher

286) Vergl. Maurenbrecher, Privatrecht §. 221. Hofacker a. a. O. S. 52. erkennt zwar auch an, daß hier ein Expropriationsfall vorliegt, macht jedoch nicht darauf aufmerksam, daß der Richter hier gerade über die Frage entschieden hat, welche gewöhnlich in Expropriationsfällen nicht mittelst des „gerichtlichen Expropriationsverfahrens" entschieden zu werden pflegt.

Flüsse die Rede, welche zum Eigenthum des Staats gehören, anderntheils von Anordnung und Regulirung des Floßwesens auf (von Natur) floßbaren Gewässern, und, da der kaumgedachte Urtheilsspruch der Hannover'schen Justitzcanzlei als Beleg des Gesagten angeführt wird, auch dieser Urtheilsspruch habe nicht den oben bezeichneten Expropriationsfall, vielmehr die Floßeinrichtung auf einem fließenden Wasser zum Gegenstand, welches seiner natürlichen Beschaffenheit nach hiezu geeignet, d. h. floßbar ist. Allein dieß verhält sich doch nicht ganz so. In ersterer Beziehung muß man die eigenthümliche Ansicht im Auge behalten, welche der Verfasser (Hagemann) über den Begriff eines öffentlichen fließenden Wassers in seinem, an der angeführten Stelle der Erörterungen (Note 2.) ausdrücklich alleg. Handbuche des Landwirthschaftsrechts[287]) aufstellt. Hienach gäbe es zweierlei Arten von öffentlichen Flüssen, einmal öffentliche Flüsse im weiteren, d. h. im mißverstandenen[288]) römisch-rechtlichen Sinne, nämlich alle fließenden, nicht regelmäßig vertrocknenden, d. h. alle perennirenden Gewässer, und dann öffentliche oder „Staatsflüsse" im engeren, eigentlichen Sinne, als welche nur die schiffbaren gelten sollen, und welchen gegenüber alle übrigen „Privatflüsse," „Privatgewässer" genannt, zu letzteren aber insbesondere die sog. „gemeinschaftlichen" Flüsse gezählt werden. Wenn daher Hagemann an der oben alleg. Stelle von Anordnung des Floßwesens auf kleineren gemeinschaftlichen Flüssen spricht, so hat er ohne Zweifel solche fließende Gewässer im Auge,

---

287) Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts, Hannover 1807. §. 143. S. 245—249.

288) Der Verfasser ist in dem oben §. 15. Not. 4. gerügten Irrthum befangen, daß nach römischem Rechte alle beständig fließenden Gewässer (nicht bloß die perennirenden Flüsse) flumina publica seyen, und wurde wohl lediglich hiedurch zu seinem sonderbaren Doppelbegriff von öffentlichem Fluß verleitet.

welche man sonst zu den Privatflüssen zählt, und die er selbst auch so nennt[289]). Auch leitet er ja das Recht des Landesherrn, auf solchen Flüssen das Floßwesen zu reguliren, nicht aus dem Eigenthum, vielmehr aus der „Polizeioberaufsicht" d. h. aus dem wahren Hoheitsrechte des Staats ab, und motivirt dasselbe mit dem „gemeinen Beßten," also damit, womit die Expropriationen motivirt zu werden pflegen. Es ist somit klar, daß Hagemann gleichfalls einen Expropriationsfall im Auge hat, und schon dieser Umstand macht es nicht wahrscheinlich, daß derselbe unter der Anordnung und Regulirung des Floßwesens nur die Einrichtung versteht, welche der Betrieb des letzteren auch auf ihrer natürlichen Beschaffenheit nach floßbaren Gewässern voraussetzt. Es erhellt dieß aber auch aus den Allegaten. Denn in der Not. 5. ist unter Andern Strube a. o. Not. 272. a. D. allegirt, welcher, wie wir gesehen haben, von dem Fall der Schiffbarmachung durch künstliche Mittel handelt. Wenn daher auch in der letzteren Beziehung die Worte Hagemanns immerhin dagegen sprechen, daß er jenen Urtheilsspruch der Justizkanzlei auf den Fall der eigentlichen Floßbarmachung bezogen habe, weil er nun einmal von der Floßeinrichtung auf „floßbaren Flüssen, Bächen und Gewässern" spricht; so muß man wenigstens einräumen, daß er hiedurch sowohl mit dem Inhalt des Urtheilsspruchs selbst, als auch mit seiner eigenen Ausführung und dem von ihm allegirten Strube in Widerspruch geräth, ein Widerspruch, der sich wohl nur dann erklären läßt, wenn man gesteht, daß der Autor überhaupt sich nicht ganz klar gewesen sey, die verschiedenen denkbaren Fälle sich nicht mit Bestimmtheit ins Bewußtseyn gerufen und die in jedem

---

289) Hofacker a. a. O. S. 62. Not. 4. scheint den Zusammenhang der Stelle ganz falsch aufgefaßt zu haben, widrigenfalls er nicht meinen könnte, daß Hagemann den Dießefluß zu den öffentlichen (im Gegensatze von gemeinschaftlichen) Flüssen zähle.

dieser Fälle obwaltenden besonderen Rechtsverhältnisse nicht auseinandergehalten habe. Dieß ist um so wahrscheinlicher, als ja Hagemann a. a. O. auch nicht einmal die verschiedenen Betriebsakten des Flößens (Langholz-, Scheiter-, Wildflößerei) unterschieden, und zuerst von der Flößerei als „einer Gattung der Schifffahrt" gesprochen, im folgenden Satze aber der Flößeinrichtung auf Bächen, welche zwar nicht schiff-, aber doch floßbar seyen, gedacht hat, ohne zu bedenken, daß ersteres nur auf die Langholzflößerei, letzteres nur auf die Scheiter- oder Wildflößerei paßt. So konnte denn auch am Ende wohl von floßbaren Bächen in dem Sinne gesprochen werden, in welchem Hofacker[290]) sagt, daß man einzelne Holzscheiter auf jedem Bächlein hinabschwemmen könne. Wenn man aber auf solchen Bächen auch nur einen ordentlichen Scheiterfloß organisiren will, so wird man zu diesem Zweck künstliche Anlagen, Schwellungen, Wasserstuben u. s. w. nöthig haben, während von Bächen und kleinen Gewässern die von Natur für Langholz floßbar sind, nicht die Rede seyn kann, und alle Schriftsteller darüber einig sind, daß die Flüsse, welchen diese (natürliche) Eigenschaft zukommt, zu den öffentlichen gehören[291]) und daher nicht in die Kategorie der sog. gemeinschaftlichen oder Privatflüsse gerechnet werden dürfen. Wir dürfen uns daher durch das von Hagemann Gesagte wohl nicht irre machen lassen, und ohne Anstand den Urtheilsspruch der Hannoverschen Justizkanzlei in dem oben angegebenen Sinne nehmen, welchen er nach allen Umständen hatte.

§. 113. Es kommt nun die schon mehrfach allegirte, in den 1790ger Jahren herausgekommene Monographie von Franz Ludwig von Cancrin über das gesammte

---

290) a. a. O. S. 13. vergl. auch oben §. 18. Note 10.

291) Vergl. oben §. 18. Not. 15. und Mittermaier, Grundsätze, §. 222a. bei Note 13. 14. 15.

Wasserrecht [292]) an die Reihe. Der Verfasser, obwohl er, wie in der Vorrede zum dritten Bande zu lesen ist, ursprünglich Rechtsgelehrter war, scheint doch in der Folge mehr den ökonomischen und technischen Fächern sich gewidmet zu haben, welche mit dem Wasserrechte zusammenhängen; denn seine Arbeit trägt, was das Juristische betrifft, mehr das Gepräge einer sorgfältigen Compilation, als einer selbstständigen Durcharbeitung des gegebenen Materials, und die Strenge und Consequenz der juristischen Begriffe und Deductionen wird jeder rechtskundige Leser dieses Werks vermissen.

Die hieher gehörigen Stellen sind folgende:

Erste Abhandlung: Von dem Begriff der Meere, Seen, Flüsse u. s. w., deren Eigenthum, dem Wasserregal und der daraus folgenden Wasserpolizei. Cap. III. Vom Wasserregal u. s. w. §. 119. (S. 83.) heißt es [293]):

„Weil die Flüsse zu den Regalien des Landesfürsten gehören (§. 99.), so ist auch jeder Fürst berechtigt, dieselben zum Besten des Staats schiffbar zu machen, und kann ihn darin kein anderer Fürst hindern. Ein Fürst kann indessen keinen andern Fürsten nöthigen, daß er die Flüsse in seinen Staaten schiffbar mache, oder sie ihn schiffbar machen lasse; die Schiffbarmachung der Flüsse darf inzwischen keinem Dritten zum Nachtheil gereichen. Ebendaher kann dann auch die Schiffbarmachung und Vertiefung eines solchen Flusses nicht wohl ohne Einwilligung der Landstände und Interessenten geschehen."

Als Beleg wird die oben (§. 109. Not. 281.) abgedruckte Stelle von Moser und eine weitere Stelle desselben Autors [294]) angeführt, die ich, als zum Verständniß gegenwärtiger Stelle dienlich, hier auch hersetzen will:

---

292) F. L. v. Cancrin, Abhandlungen vom Wasserrechte, sowohl dem natürlichen, als positiven, vornehmlich aber dem deutschen. 3 Bände. Halle 1789—1800.

293) Die gesperrt gedruckten Stellen sind im Original gesperrt

294) Moser a. a. O. Cap. 17. §. 7. S. 205.

„Wenn ein Fluß vertieffet werden soll, um die Schifffahrt dadurch zu befördern, kann es zwar ein Landesherr für sich thun: wann aber das Land Geld dazu geben solle, oder sonst dessen Rechte mit einschlagen, hört man billig die Landstände auch.“

Hier folgt ein Beispiel von der Vertiefung der Peene in Pommern, wo die Landstände gehört wurden, worauf der Verf. fortfährt:

„gleiche Bewandtniß hat es mit denen Wasser- und Floßgassen.“

„In Württemberg solle es wegen Erhaltung der Wassergassen bei dem lagerbuchmäßigen Herkommen verbleiben, nach dem Gen.-Resc. 1739. 18. April.“

Daß die zuerst angeführte Stelle (von Cancrin) von der Schiffbarmachung im eigentlichen engeren Sinne handelt (oben §. 87.) beweist nicht nur die erwähnte Vertiefung des Flusses, sondern es beweisen dieß auch die allegirten Stellen von Moser, indem an ersterer, wie wir oben (§. 100.) gesehen haben, von der Schiffbarmachung der Flüsse, die es bisher noch nicht gewesen sind, die Rede ist, die letztere aber schon nach der Ueberschrift: von der Vertiefung, d. h. der künstlichen Schiffbarmachung eines seiner natürlichen Beschaffenheit nach hiezu untauglichen Flusses handelt. In welcher Beziehung Moser hier der Wasser- und Floßgassen erwähnt, ist zweifelhaft. In keinem Falle darf man aber hiebei nur an Beseitigung künstlicher Hindernisse der Schifffahrt, als Mühlwehre nnd dgl., auf schiffbaren Gewässern denken. Denn einestheils handelt der Verf. hier nicht von diesem Fall, sondern von einem Falle der wirklichen Schiffbarmachung, nämlich von der Vertiefung des Flußbettes, anderntheils ist von einem Unternehmen die Rede, welches große Kosten verursacht, so, daß die Steuerpflichtigen in Anspruch genommen und daher die Landstände gehört werden müssen; also offenbar nicht bloß von Einrichtung einer Floßgasse in ein Mühlwehr. Der Verfasser wollte wohl durch diese

Bemerkung nur so viel andeuten, wenn, (aus Veranlassung der Schiffbarmachung) neue Wassergassen, (Schleußen) angelegt, oder die(zum Behuf der Flößerei) bereits bestehenden Floßgassen erweitert oder tiefer gelegt werden müssen, so sey es hiemit auf gleiche Weise, wie mit der Vertiefung des Flußbettes überhaupt zu halten, d. h. wegen der Geldmittel für dieses Unternehmen, sowie wegen sonstiger ins Spiel kommender Interessen und einschlagender Rechte des Landes seyen billigerweise die Stände zu hören.

§. 114. Eine weitere hier näher ins Auge zu fassende Stelle unseres Verfassers ist folgende [295]):

„Weil durch die Einrichtung eines Flusses zum Flößen, oder die Grabung eines neuen Floßgrabens, oder auch die Vereinigung zweier Flüsse, an den Flüssen und Ländereien so vieler Schaden geschieht, (§. 18.), ja kein Reichsstand zum Schaden seiner Unterthanen oder anderer einen Fluß floßbar machen oder zwei Flüsse mit einander vereinigen kann, (oben §. 119. S. 65.) so kann denn auch solcher keinen Fluß zum Flößen einrichten, einen Floßgraben machen, oder zwei Flüsse miteinander zu vereinigen, ohne den Gutsbesitzern, den Müllern, den Berg- und Salzwerken, und alle denen, welche bei diesen Einrichtungen Schaden haben, den Schaden gut zu thun, weil Niemand mit dem Schaden eines Andern reicher werden kann. Und insofern, zumal wenn dem gemeinen Wesen daran gelegen ist, oder die so sehr privilegirten Berg- und Salzwerke eine Flöße nöthig haben, können sich die Unterthanen einem solchen Werke nicht widersetzen oder es hindern."

Was der Verfasser unter der Einrichtung eines Flusses zum Flößen versteht, ersieht man aus dem §. 7. des I. Cap. gegenwärtiger Abhandlung, auf welchen der an unserer Stelle allegirte §. 18. des I. Cap. hinweist. In jenem §. 7. ist von kleinen Flüssen die Rede, welche meist zum Flößen

---

295) v. Cancrin a. a. O. II. Bd. VI. Abh. Vom Flößrechte. II. Cap. Von dem Rechte des Holzflößens. §. 27. S. 111. 112.

des Brennholzes oder wohl auch zum Flößen einzelner Balken oder kleiner (Trag-) Flöße gebraucht werden, jedoch immer nur in der Art, daß sowohl dem Bau-, als dem Brennholz durch eigene Leute fortgeholfen werden muß (§. 6.) Diese kleinen Flüsse, heißt es dann, sind zuweilen, besonders bei trockenen Frühjahren, so seichte, daß sie weder zu den Zimmerflößen, noch zu dem Brennholzflößen oder dem Scheitflößen gebraucht werden können, und in einem solchen Falle muß der Fluß durch Schleußen dazu geschickt gemacht werden. Sodann wird eine Schleußen-Anlage, ähnlich der bei der Schiffbarmachung gebräuchlichen beschrieben, durch welche vermittelst fortgesetzter Schwellung des Wassers das Floßholz an den Ort seiner Bestimmung gebracht wird. Es ist daher klar, daß der Verfasser hier ein Werk der Kunst, vermittelst dessen das, was nach der natürlichen Beschaffenheit des fließenden Wassers nicht ausführbar wäre, möglich gemacht wird, schildert. Es folgt somit auch hieraus, daß derselbe unter der „Einrichtung eines Flusses zum Flößen" die Floßbarmachung desselben durch künstliche Hülfsmittel versteht. Hiemit stimmt denn auch der übrige Inhalt unserer Stelle zusammen; denn mit einer solchen künstlichen Floßeinrichtung, welche in der Regel auch eine Erweiterung der Ufer und Vertiefung des Bettes mit sich führen wird (§. 18.), ist die Grabung neuer Floßgräben, die Vereinigung zweier Flüsse Behufs der Flößung nahe verwandt [296]), es sind dieß insgesammt Anstalten, um der Natur durch Kunst nachzuhelfen. In der Note d. wird sodann auch auf die erste Abhandlung §. 119—121. verwiesen, d. h. auf die oben angeführte und erörterte Stelle, welche gleichfalls von Schiffbarmachung nicht schiffreicher Wasser handelt, und auf einen hiemit zusammenhängenden §. „von der Vereinigung der Flüsse" zu welchem Behufe ohnehin künstliche Vorrichtungen (Canäle)

296) Hofacker a. a. O. welcher S. 50. die Stelle auch abdruckt, hat diesen Beisatz weggelassen.

erforderlich sind, und wodurch daher natürlich Expropriationen veranlaßt werden. Endlich wird als Grund, „warum die Unterthanen einem solchen Werke sich nicht widersetzen, es nicht hindern können," der dem gemeinen Wesen zugehende Nutzen, sowie das Bedürfniß der so sehr privilegirten Bergwerke angeführt, d. h. ein Grund, welcher heute noch eine Expropriation rechtfertigt, was insbesondere auch hinsichtlich der Bergwerke anerkannt ist [297]). Wir haben daher hier ganz den gleichen Fall, wie bei der zuerst angeführten Stelle.

§. 115. Endlich sind hier noch drei §§. anzuführen, welche zwar zunächst vom Schleußenbau sprechen, jedoch deßhalb Beachtung verdienen, weil sie die Einrichtung von Schleußen bei der Schiffbarmachung der Flüsse, zum Gegenstand haben. Vorauszuschicken ist: daß, obwohl der Verfasser den Begriff einer Schleuße (IX. Abh. Cap. 1. §. 1. 2.) sehr weit stellt, demungeachtet an der Stelle, welche ich hier ausheben will, nur solche Schleußen gemeint sind, wie sie zum Zweck der Schifffahrt auf einem Flusse angelegt werden, daß man daher hiebei nicht an einfache, etwa in einen Mühldamm eingerichtete Floßgassen oder sonstige Vorrichtungen denken darf, welche keinen anderen Zweck, als den der Durchlassung von Flößen oder kleinen Fahrzeugen haben, sondern an Vorrichtungen, welche zugleich das Wasser schwellen und hiedurch die Fortbringung der Schiffe da möglich machen sollen, wo solche sonst nicht ausführbar wäre, weßhalb sie denn auch in der Regel mit Canal-Anlagen in Verbindung stehen [298]).

Nachdem der Verfasser im ersten Cap. der IX. Abh. den Begriff der Schleußen entwickelt hatte, handelt derselbe im II. Cap. von dem Rechte der Schleußen und zwar hauptsächlich der öffentlichen Schleußen, in den §§. 14—16. dieses Capitels aber handelt er insbesondere von der Ent-

---

297) Cfr. Maurenbrecher, Privatrecht, §. 290. III. Not. 6. S. 621. 622.

298.) Cfr. v. Rohr, Haushaltungsrecht a. o. Not. 279 a. O.

schädigung derer, welche durch den öffentlichen Schleußenbau Schaden leiden, sowie davon, daß kein Unterthan, insbesondere kein Müller den öffentlichen Schleußenbau hindern könne.

Im Eingang (§. 14.) wird als Hauptzweck des Baues der öffentlichen Schleußen die Schiffbarmachung der Flüsse bezeichnet, und aus dem (in der oben angeführten Stelle aufgestellten) Grundsatz: „daß kein Regent ohne Einwilligung und Entschädigung derer, welche dabei ein Interesse haben, einen Fluß schiffbar machen könne" die Folgerung abgeleitet: „daß auch kein Regent befugt sey, eine öffentliche, zur Schiffbarmachung, Vereinigung oder Abgrabung eines Flusses abzweckende Schleuße anzulegen, ohne die, welche dadurch Schaden haben, zu entschädigen." Hierauf wird (§. 15.) aus dem Zweck dieser öffentlichen Schleußen: „zum allgemeinen Besten eines Staats" weiter gefolgert, daß auch kein Staatsbürger einen solchen Bau hindern könne, wenn auch schon dabei einige Canäle durch seine Grundstücke nöthig sind [299])" und wiederholt angeführt, daß jedoch die Landstände und die welche ein Interesse dabei haben, einwilligen und gehörig entschädigt werden müssen, wobei auf den vorhergehenden §. 14. verwiesen wird. Am Schluß wird bemerkt, daß zu einem Schleußenbau, den der Fürst des Landes bloß zu seinem Privatnutzen oder Vergnügen anlege, sowie zu einem Canal, der zu solchen Zwecken gegraben werden solle, kein Unterthan seine Grundstücke herzugeben verbunden sey. Der §. 16. endlich handelt den besonderen Fall ab: „Wenn zu der Einrichtung einer Schifffahrt ein Canal oberhalb des Wehres einer Mühle gegraben oder ein solches Wehr mit ein oder etlichen Schleußen versehen werden muß," und folgert hiebei 1) aus dem unmittelbar vorher (§. 15.) aufgestellten Grundsatz: daß solches kein Müller wehren könne." 2) aus dem ebendaselbst und §. 14.

299) Hofacker a. a. O. S. 50. hat diesen passus gleichfalls weggelassen, obwohl er die Stelle mit Anführungszeichen einrückt.

aufgestellten Princip und der in der VI. Abh. II. Cap. §. 27. (Cfr. oben §. 114.) angeführten Rechtsregel: „daß das gemeine Wesen so wenig, wie eine Privatperson mit dem Schaden eines Anderen reicher werden könne," — daß der Müller „immerhin schadlos gehalten werden müsse."

Nach dieser Darlegung des Zusammenhangs der angeführten drei §§. unter sich und mit dem Vorhergehenden, werde ich kaum zu bemerken brauchen, daß hier von nichts Anderem, als von Wasserbauten aus der Veranlassung der Schiffbarmachung eines von Natur nicht schiffbaren Flusses die Rede ist, nicht aber von Beseitigung künstlicher Hindernisse bei Einrichtung der Schifffahrt auf einem schiffbaren Strome. Zwar ist auch solcher künstlichen Hindernisse, nämlich der Mühlwehre, Erwähnung gethan. Allein es versteht sich wohl von selbst, daß da, wo die Wasserstraße erst durch Hülfe der Kunst geschaffen werden muß, auch diese künstlichen Anlagen, welche mit dem Gebrauch des Wassers nach seiner ursprünglichen (natürlichen) Beschaffenheit ganz wohl vereinbar waren, und deren Bestand, (gleichwie der Umfang der Gerechtigkeit, zu deren Ausübung sie dienen) nicht nach der nunmehrigen neuen Bestimmung des Flusses (als Weg für die Schifffahrt) bemessen und begrenzt werden darf, daß auch diese künstlichen Anlagen, sage ich, nur im Wege der Expropriation beschränkt werden dürfen. (Vergl. oben §. 87.) Daraus, daß der Verfasser a. a. O. auch von Entfernung oder Beschränkung künstlicher Hindernisse der Schifffahrt spricht, und solche (Entfernung u. s. w.) nur im Expropriationswege gestattet, folgt somit noch nicht, daß er überhaupt von etwas Anderem, als von der eigentlichen Schiffbarmachung, der Anlegung einer künstlichen Wasserstraße handelt [300]).

300) Zur Veranschaulichung des Gesagten nehme man das Beispiel eines seiner natürlichen Beschaffenheit (der Breite und Tiefe des Bettes und der Wassermenge) nach für Flöße praktikabeln Flusses, welcher aber demungeachtet keine Lastschiffe trägt, wie z. B. des Neckars oberhalb Cannstatt. Will ein solcher Fluß zum Flößen gebraucht werden,

§. 116. Alle bisher angeführten älteren Schriftsteller haben, wenn man das von ihnen Gesagte einer genaueren Betrachtung unterwirft, nur den Fall der eigentlichen Schiff- oder Floßbarmachung, die Anlegung einer künstlichen Wasserstraße im Auge, und die im Vorhergehenden ausgehobenen Stellen können daher nicht als Belege für die Ansichten dieser Schriftsteller über die Entschädigungsfrage in dem Falle der Einführung der Schifffahrt oder Flößerei auf einem seiner natürlichen Beschaffenheit nach schiff- oder floßbaren Flusse gelten [301].

Wir wollen nun sehen, was die neueren Germanisten hierüber enthalten.

Runde [302], in seinem deutschen Privatrechte, läßt die Frage unbeantwortet, wie er denn überhaupt in dem Abschnitte von den Flüssen äußerst mager ist. Dagegen ist Eichhorn [303] der erste, (und wie wir weiter unten sehen werden, der Einzige), welcher eine Entscheidung der kaum-

---

so ist dieß eine seiner Eigenschaft als natürliche Floßstraße angemessene Benützung, und alle künstlichen Anlagen an demselben unterliegen daher von Rechtswegen jeder zu diesem Behufe erforderlichen Beschränkung. Soll derselbe dagegen mit Hülfe der Kunst (durch Schleußen-, Canal-Bauten) für Lastschiffe fahrbar gemacht, von der Floßstraße in eine Wasserstraße für die Schifffahrt umgeschaffen werden, so können die hiedurch veranlaßten Beschränkungen jener künstlichen Anlagen nur nach vorhergegangener Expropriation stattfinden; denn der Umfang der Rechte, auf deren Ausübung jene Anlagen abzwecken, bestimmt sich lediglich nach der natürlichen Beschaffenheit ihres Objects.

301) Dieß gibt auch Hofacker a. a. O. zu, indem er (S. 53.) bekennt, daß für die Beantwortung dieser Frage „nur Eine Autorität“ (nämlich Eichhorn) aufzufinden gewesen sey, obwohl denselben mehrere der oben angeführten Stellen bekannt und bei ihm abgedruckt sind.

302) Runde, Grundsätze des deutschen Privatrechts. 8. Aufl. §. 102—123.

303) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. 4. Ausg. 1836. §. 267—269. S. jedoch jetzt auch Mittermaier, Privatrecht 7. Aufl. §. 239. IV.

gedachten Frage zu geben scheint. Derselbe bemerkt in §. 268., wo er von der Anwendbarkeit der Grundsätze des römischen Rechts über die flumina publica handelt, und hiefür insbesondere fünf Regeln aufstellt, unter Ziffer III. wörtlich Folgendes:

„An schiffbaren Flüssen und anderen öffentlichen Gewässern können Privatpersonen ausschließende oder den gemeinen Gebrauch hindernde Nutzungsrechte hergebracht haben, deren Erwerbung nach den Regeln von den Regalien (§. 266.) zu beurtheilen ist, und die von der Staatsgewalt nur wie jedes andere wohlerworbene Recht aufgehoben werden können. Wenn öffentliche Gewässer schiffbar gemacht werden, (welches vermöge der Landespolizeigewalt selbst bei Privatgewässern geschehen kann), bleiben sie daher unverändert, sofern sie mit der Schifffahrt bestehen können, und wenn sie zu deren Besten wegfallen müssen, gebührt den Berechtigten dafür vollständige Entschädigung."

Zum besseren Verständniß dieser Stelle müssen wir etwas weiter ausholen, und daher vor allem kurz andeuten, wie sich nach der Ansicht unseres Verfassers die Rechte hinsichtlich der Benützung der fließenden Gewässer in Deutschlaud geschichtlich entwickelt und allmälig festgestellt haben. Hienach war in Deutschland zu den ältesten Zeiten bei schiffbaren Flüssen (Strömen) einerseits das Recht der Schiffahrt nnd der Fischerei ein Recht der natürlichen Freiheit [304]), wogegen andererseits die örtlichen Wasserbenutzungen (z. B. Mühlen) den ächten Eigenthümern des Ufers zukamen und durch jenen allgemeinen Gebrauch nicht beeinträchtigt werden durften [305]). Bei kleineren, nicht stromweis fließenden Gewässern gehörte jede Benutzungsart zu den ächten Eigenthumsrechten [306]).

304) Einleitung. §. 267. Not. d. S. 678. Staats- und Rechtsgesch. II. Thl. §. 362. S. 687—690.

305) Einleit. Not. e. F. St. und Rechtsgesch. I. Thl. §. 58. Ziff. 3. Not. d. S. 370.

306) Einleit. Not. h.

In der Folge konnten, kraft der Hoheit, die Rechte der natürlichen Freiheit oder des Eigenthums beschränkt und Privilegien verliehen werden, oder bevorzugte Rechte des Inhabers der Hoheit sich bilden, wodurch eine eigene Klasse von Regalien entstand [307]). Auf diese Weise wurde, was zunächst die (schiffbaren) Ströme betrifft, das Recht der Fischerei durch die an Einzelne verliehenen Privilegien vom freien, allgemeinen zum ausschließenden Rechte [308]), die örtlichen Wasserbenützungen, namentlich die Mühlen, dagegen wurden, wie sie früher dem ächten Eigenthümer zukamen, so jetzt gegen Abgaben an Einzelne (als ausschließliche, oder den gemeinen Gebrauch hindernden Rechte) verliehen (regale Gerechtigkeiten) [309]). Aber man ließ es in noch späterer Zeit auch hiebei nicht bewenden, sondern dehnte diese regalen Rechte auf die übrigen fließenden Gewässer aus, indem man sich hiefür, obgleich mit Unrecht, auf das römische Recht und das longobardische Regalitätsgesetz berief [310]).

§. 117. Wir gehen nun zu der genaueren Betrachtung der oben ausgehobenen Stelle über. Wenn der Verfasser von Nutzungsrechten spricht, welche Privatpersonen an schiffbaren Flüssen und andern öffentlichen Gewässern hergebracht haben können, und die von der Staatsgewalt (aus Veranlassung der Schiffbarmachung dieser Flüsse) nur wie jedes andere wohlerworbene Recht aufgehoben werden dürfen; so hat derselbe offenbar nicht allein den Fall der eigentlichen Schiffbarmachung im Auge, sondern auch den der Einführung der Schifffahrt mittelst Beseitigung künstlicher Hindernisse auf einem (von Natur) schiffbaren Gewässer. Es fragt sich daher nur: in welchem Sinne die Worte „ausschließliche und den

---

307) Staats- und Rechtsgeschichte II. Th. S. 687. §. 362. Einleit. a. a. O. Not. f. g.

308) Staats- und Rechtsgeschichte a. a. O. S. 690. 691.

309) Ebendas. 691. Not. p. Einl. a. a. O. bei Not. g.

310) Staats- und Rechtsgesch. IV. Thl. §. 548. S. 402—404.

gemeinen Gebrauch hindernde Nutzungsrechte" zu verstehen sind? Im Hinblick auf das Zeitwort „können" und die Remission auf die (§. 266. angegebenen) Regeln von den Regalien, glaubte ich bisher [311]) diese Worte so auslegen zu müssen, daß sie sich auf gewisse Ausnahmsfälle beziehen, in welchen solche Nutzungsrechte als ausschließliche oder den gemeinen Gebrauch verhindernde verliehen oder erworben wurden, und von welchen oben (§. 94. 95.) ausführlicher die Rede war. Allein bei wiederholter Durchlesung der hieher gehörigen §§. der Einleitung in das deutsche Privatrecht (§. 267.—270). und Vergleichung dessen, was der Verfasser in der Staats- und Rechtsgeschichte über den gleichen Gegenstand sagt, und was ich oben kurz zusammenzustellen versucht habe, bin ich von dieser Ansicht abgekommen [312]) und habe ich mich überzeugt, daß Eichhorn unter den ausschließenden Rechten überhaupt solche Wasserrechte ver-

---

311) Cfr. die Conflicte. Stuttg. 1844. S. 76.

312) Wiewohl Hofacker a. a. O. meine Auslegung der fraglichen Stelle S. 72—65. heftig angegriffen hat, so wußte er doch derselben nichts entgegenzusetzen, als daß ich „mit einem Doppelsinn operire" und daß man nicht annehmen könne, Eichhorn, „der in Berlin im Staatsrath sitze," aus dessen Mitte das preußische Gesetz über die öffentlichen Flüsse hervorging, verbinde einen solchen Sinn mit seinen Worten. Allein doppelsinnig war meine Auslegung doch gewiß nicht, auch hatte sie nicht den Sinn, den Hofacker S. 63. darin finden möchte, insbesondere wurde nirgend behauptet, daß bei einer Mühlconcession der ganze Fluß als Wasserkraft verliehen werde, (vergl. Confl. S. 73. unten) es war nirgends von ausschließlicher Verleihung des Wassers des ganzen Flusses zum Mühlenbetrieb, vielmehr überall nur von Ueberlassung einer bestimmten Wassermasse („Wasserkraft") zu diesem Zwecke die Rede. Was sodann das preußische Gesetz betrifft, so gibt dasselbe lediglich keinen Fingerzeig zur Auslegung der Stelle von Eichhorn; zwar ist daselbst (§. 8.) von wohlerworbenen Rechten der Privaten an öffentlichen Flüssen die Rede, welche (§. 32.) nur gegen vollständige Entschädigung aufgehoben oder eingeschränkt werden. Allein es ist nicht gesagt, wie weit diese Rechte gehen, ob sie ausschließliche Rechte seyen? Der Begriff eines „ausschließlichen" Rechts findet daher in jenem Gesetz keine Erläuterung.

steht, welche, wie die Mühlenrechte, auf eine Art des Wassergebrauchs abzwecken, die den gleichen Gebrauch von Seiten Anderer ausschließt, und die sonstige, insbesondere die freie, gemeinschaftliche Wasserbenützung zugleich stören und hindern kann (cfr. oben §. 68); weßhalb er diese Rechte auch „den gemeinen Gebrauch hindernde Rechte" nennt. Daß Eichhorn die Worte in diesem Sinne nimmt, und unter den „ausschließlichen" Rechten insbesondere die Mühlen- und sonstige Werksgerechtigkeiten, die sogen. „Wasserkräfte" versteht, scheint mir theils aus dem Inhalte des §. 267. der Einleitung in das deutsche Privatrecht, wo von „Abgaben für die an jenen (schiffbaren Flüssen) gestatteten Anlagen und ausschließlichen Nutzungsrechte," ferner von hergebrachten Nutzungsrechten an bestimmten Orten," welche ursprünglich die ächten Eigenthümer hatten, und aus welchen in der Folge verliehene „ausschließliche Nutzungsrechte" wurden, die Rede ist, theils aus dem §. 269. Ziff. 5. ebendaselbst Gesagten hervorzugehen, wo als Beispiel von „hergebrachten ausschließlichen Nutzungen" in der Parenthese geradezu „die Mühlen" genannt werden [213]). Daß sodann die von Eichhorn beigefügten Worte „oder den gemeinen Gebrauch hindernde" ebenso das Verhältniß dieser Rechte gegenüber dem allgemeinen freien Gebrauche bezeichnen sollen, wie das Prädikat „ausschließlich" das Verhältniß zu einzelnen (gleichartigen) Nutzungen Anderer andeutet, scheint mir aus der zuerst allegirten Stelle der Einleitung, wo das Recht der Erhebung von Abgaben für die gestatteten ausschließlichen Nutzungsrechte ein Recht der Beschränkung des gemeinen Gebrauchs durch Privi-

313) Hofacker a. a. O., welcher den Verfasser wegen der Auslegung der Stelle so hart anläßt, ja sogar die Beschuldigeng, daß er die Citate verfälscht habe, gegen ihn erhebt, (vergl. oben Not. 117.) hat auf die im Text angegebenen Stellen, welche zu Erläuterung des Begriffs der ausschließenden Nutzungsrechte dienen, nicht aufmerksam gemacht.

legien genannt wird, noch deutlicher aber aus folgender Erklärung des longobardischen Regalitäts-Gesetzes[314]) sich zu ergeben, wonach unter den nach jenem Gesetz dem Kaiser gebührenden Regalien die aus der Hoheit über die Flüsse entspringenden nutzbaren Rechte und zwar unter Anderem begriffen seyn sollen: „Abgaben für die Gestattung einer dem gemeinen Gebrauch hinderlichen Benutzung (daher flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia oder von Radewich die Hauptnutzung, die hieher gehört, molendina, genannt werden)."

§. 118. Nach allem bisher Bemerkten scheint mir der Sinn der angeführten Stelle von Eichhorn zunächst folgender seyn:

An öffentlichen fließenden Wassern, seyen es nun schiffbare Flüsse oder nicht schiffbare, können Privatpersonen Rechte hergebracht haben, deren Gegenstand eine ihrer Natur nach ausschließende Nutzung (wie z. B. bei den Mühlen) ist, oder die auch den gemeinen, freien Gebrauch (z. B. zur Schifffahrt) hindern. Diese Rechte müssen jetzt als Ausfluß der Regalität betrachtet, und daher ihre Erwerbung nach den Regeln beurtheilt werden, welche für die Uebertragung regaler Gerechtigkeiten auf Privaten gelten, und oben (§. 266.) angeführt wurden[315]). Will die Staatsgewalt diese Rechte aufheben, so kann sie es nur insofern und unter den Bedingungen, unter welchen sie überhaupt wohlerworbene Rechte

---

314) Staats- und Rechtsgeschichte II. Thl. §. 362. Anmerk. Seite 692.

315) Wenn Eichhorn auf die „Regeln von den Regalien" Bezug nimmt, so kann er nicht an die Erwerbsgründe (Concession, Verjährung u. s. w.) denken, wie Hofacker a. a. O. S. 53. u. 62. meint, denn dies sind keine Regeln. Vielmehr ist es klar, daß Eichhorn die §. 266. unter Ziff. I—III. angeführten Regeln meint, welche ich oben (§. 49.) noch genauer angegeben habe, als man sie bei Eichhorn findet. Eichhorn räumt hiemit insbesondere ein, daß man diese Rechte (jetzt) nicht mehr als Rechte des Eigenthums, was sie nach seiner Ansicht zum Theil wenigstens ursprünglich waren, sondern nur als regale Gerechtigkeiten beurtheilen dürfe.

aufheben kann. Wenn auf öffentlichen Gewässern die Schiff-fahrt eingeführt wird (seyen dieselben nun zu diesem Zweck von Natur geeignet, oder erst durch Kunst einzurichten, welches vermöge der Landespolizeigewalt selbst bei Privat-gewässern geschehen kann) bleiben daher jene Rechte unverändert, sofern sie mit der Schifffahrt bestehen können. Müssen sie aber zu deren Besten wegfallen, so sind sie im Expropriationswege aufzuheben und gebührt insbesondere den Berechtigten volle Entschädigung.

Hienach hat also Eichhorn nicht nur, wie ich bereits bemerkt habe, beide Fälle im Auge, die eigentliche Schiff-barmachung und die Einführung der Schifffahrt auf einem von Natur schiffbaren Fluß, sondern derselbe gibt auch für beide Fälle die Entscheidung gleichmäßig dahin, daß die Rechte jener Nutzungsberechtigten (Werksbesitzer) entweder unverändert bleiben, oder daß dieselben im Expropriationswege und gegen vollständige Entschädigung der Berechtigten aufgehoben werden müssen.

Zwar spricht Eichhorn nur davon: wenn öffentliche Gewässer schiffbar gemacht werden, und sofern er hiebei nicht nur zugleich der Schiffbarmachung der Privatgewässer vermöge der Landespolizeigewalt erwähnt, sondern auch (Not. e.) den oben (§. 110.) angeführten Strube allegirt, welcher, wie ich gezeigt habe, nur von der eigentlichen Schiffbarmachung handelt, sollte man glauben, auch Eichhorn habe nur diesen letzteren Fall im Auge. Allein der zweite Satz, in welchem der Schiffbarmachung Erwähnung geschieht, hängt mit dem ersten, der ausdrücklich auch die Nutzungsrechte an schiffbaren Flüssen nennt, vermittelst der Conjunktion „daher" ganz genau zusammen und zeigt nur die Consequenz aus dem dort aufgestellten Prinzipe, er muß daher auf beide Fälle bezogen werden.

Weil übrigens Eichhorn einerseits nur von dem Aufheben der Nutzungsrechte, dem Wegfallen derselben zum Besten der Schifffahrt, andererseits davon spricht, daß dieselben unverändert bleiben, sofern sie mit der

Schifffahrt bestehen können, so kann man fragen: wie es in dem Falle gehalten werden müsse, wenn jene Rechte zwar nicht aufgehoben, wohl aber beschränkt werden? wenn sie nicht wegfallen müssen, aber doch Eintrag leiden? und warum der Verfasser diesen Fall übergangen habe? Die Antwort dürfte nicht ferne liegen. Wenn die in Frage stehenden Rechte mit der Schifffahrt bestehen können, so bleiben sie, die Rechte, unverändert, d. h. die Nutzungsrechte an einem schiffbaren Flusse sind ihrem rechtlichen Grunde nach von Anfang an beschränkt, insoweit als der Gebrauch des Flusses zur Schifffahrt, dessen Natur als Wasserstraße, diese Beschränkung bedingt. Wenn daher die Schifffahrt eingeführt wird, so mag zwar die Art des bisherigen Gebrauchs dieser Rechte, der faktische Quasibesitz der Nutzungsberechtigten, eingeschränkt werden, die Berechtigung selbst aber bleibt demungeachtet unverändert, denn sie war von Anfang an (de jure) insoweit eingeschränkt, als sie jetzt (de facto) eingeschränkt wird. Wem dies parador scheinen möchte, den erinnere ich an das oben (§. 96.) angeführte Beispiel der servitus altius non tollendi, wo ganz der gleiche Fall eintritt. Daß übrigens diese Erklärung nur auf die ihrer natürlichen Beschaffenheit nach schiffbaren Flüsse paßt, versteht sich von selbst, aber es ist auch klar, daß da, wo die Schifffahrt erst mit Hülfe künstlicher Anlagen eingeführt werden muß, die örtlichen Wassernutzungsrechte in der Regel entweder aufgehoben oder so beschränkt werden müssen, daß diese Beschränkung einer Aufhebung, einem Wegfallen gleich kommt [316]. Demnach ist der Fall, in welchem, nach Eichhorn, die Nutzungsrechte bei der Schiffbarmachung unverändert bleiben, in der Regel gerade der Fall der uneigentlichen Schiffbarmachung, d. h. der Einführung der Schifffahrt auf solchen Flüssen, die von Natur schiffbar sind, der Fall, in

---

316) Cfr. Hofacker a. a. O. S. 82. Not. 1.

welchem sie im Expropriationswege aufgehoben werden müssen, dagegen der der Schiffbarmachung im engeren Sinne.

§. 119. Allein wird man mir nicht mit Recht einwenden, daß Eichhorn für beide Arten der Schiffbarmachung die Alternative des Unverändertbleibens der Nutzungsrechte einer, oder der Aufhebung derselben im Expropriationswege gegen volle Entschädigung andererseits stelle? Allerdings thut er dies, weil sein Grundsatz für alle Fälle gelten soll; nicht blos für die Regel, sondern auch für die Ausnahmen. Wir werden weiter unten Fälle kennen lernen, in welchen selbst bei der Einrichtung der von Natur schiffbaren Flüsse zum Zwecke der Schifffahrt wohlerworbene Nutzungsrechte an denselben aufgehoben oder wenigstens die Nutzungen in ihrem wesentlichen Bestande so beschränkt werden müssen, daß die Rechte nicht mehr als „unverändert" betrachtet werden können. In diesen Fällen nun, welche freilich immer Ausnahmsfälle bleiben werden, gilt auch für die Einführung der Schifffahrt auf schiffbaren Flüssen nach Eichhorn die Regel: daß die Nutzungsrechte nur im Wege der Expropriation aufgehoben werden dürfen. Auf der anderen Seite werden, wie wir gesehen haben, bei der eigentlichen Schiffbarmachung zwar selten oder fast niemals die Rechte der Wasserwerksbesitzer in ihrem wesentlichen Bestande bleiben können, und zwar um so weniger, als da, wo die Schiffbarkeit keine natürliche Eigenschaft des Gewässers ist, die örtlichen Nutzungsrechte auch nicht als von Anfang an und von Rechtswegen nach dem Bedürfniß der Schifffahrt eingeschränkt angesehen werden dürfen. Es läßt sich jedoch der Fall als möglich denken, daß an einer einzelnen Stelle des Flusses ein solches Recht unverändert bleiben kann, wenn die Schifffahrt eingerichtet wird, und dies vorausgesetzt, wird natürlich der Nutzungsberechtigte gegen die Schiffbarmachung nichts einwenden können.

Um das Gesagte kurz zusammenzufassen: man wird die Entscheidung, welche Eichhorn an der angeführten Stelle in Beziehung auf die Frage von der Entschädigung der

Nutzungsberechtigten bei der Schiffbarmachung giebt, näher dahin bestimmen müssen:

Wenn öffentliche Gewässer schiffbar gemacht werden, können entweder die (örtlichen) ausschließlichen Nutzungsrechte, welche Privatpersonen an solchen hergebracht haben, mit der Schifffahrt bestehen, was in der Regel bei der Einführung der Schifffahrt auf von Natur schiffbaren Flüssen (der uneigentlich s. g. Schiffbarmachung) der Fall seyn wird, dann bleiben dieselben auch unverändert; oder sie müssen, was bei der Schiffbarmachung der Gewässer, die von Natur nicht schiffbar sind (der eigentlichen Schiffbarmachung), die Regel bilden wird, ganz oder theilweise wegfallen, dann gebührt den Berechtigten vollständige Entschädigung.

§. 120. Man könnte gegen diese Auslegung der Stelle etwa noch einwenden, daß ja Eichhorn, wie wir oben gesehen haben, die in Frage stehenden Nutzungs- (z. B. die Mühlen-)rechte gerade als solche charakterisire, welche den gemeinen Gebrauch hindern, und daß man daher nicht annehmen dürfe, diese Rechte können, ohne eine Veränderung zu erleiden, in der Regel mit der Schifffahrt oder der Flößerei bestehen. Allein eben dieser Charakter der Nutzungsrechte spricht für unsere Auslegung. Wenn nämlich Eichhorn auch von Nutzungsrechten spricht, welche, obwohl sie den gemeinen Gebrauch hindern, demungeachtet mit der Schifffahrt bestehen können, so ist es klar, daß er unter dem „Hindern" zunächst nicht eine solche Collission mit dem gemeinen Gebrauch versteht, welche das Nebeneinanderbestehen beider Gebrauchsarten ausschließt, sondern daß er hierbei vorzugsweise an eine Concurrenz denkt, bei welcher zwar beide Gebrauchsarten sich gegenseitig beschränken, demungeachtet aber jede ihrem wesentlichen Bestande nach ausgeübt werden kannn. Wenn sodann der Verfasser für diesen letzteren Fall die Entscheidung dahin giebt: daß die Nutzungsrechte, welche auf die angezeigte Weise mit der Schifffahrt concurriren, unverändert

bleiben, so ist dies der schlagendste Beweis dafür, daß dieser Schriftsteller die in Folge dieser Concurrenz derselben mit der Schifffahrt nothwendige Beschränkung der Nutzung nicht für eine Schmälerung ihres rechtmäßigen Umfangs, vielmehr nur für eine Zurückweisung derselben in ihre rechtlichen Gränzen, daß er diese Veränderung nicht für eine Rechtsentziehung hält, vielmehr das Recht nach wie vor als unverändert bestehend annimmt. Im Uebrigen spricht Eichhorn, wie wir gesehen haben, von beiden Fällen, von der eigentlichen Schiffbarmachung, wie von der Einführung der Schifffahrt auf schiffbaren Strömen. Insofern er aber die Nutzungsrechte als solche, welche den gemeinen Gebrauch hindern, charakterisirt, kann er zunächst nur an Nutzungsrechte denken, welche an schiffbaren Flüssen bestehen. Denn die Schifffahrt kann nicht als der (natürliche) Gebrauch solcher fließenden Gewässer angesehen werden, bei welchen dieser Gebrauch ihrer natürlichen Beschaffenheit nach ganz ausgeschlossen ist, und ein Nutzungsrecht, welches der künstlichen Schiffbarmachung im Wege steht, kann daher hier nicht als ein den gemeinen Gebrauch hinderndes Recht bezeichnet werden, eben weil dieser gemeine Gebrauch nicht der Gebrauch der Schifffahrt seyn kann. Ein anderes Beispiel wird dies noch deutlicher machen. Wenn von einer den gemeinen Gebrauch hindernden Nutzung eines Privaten auf oder an einer Landstraße oder einem öffentlichen Platze die Rede wäre, und man wollte hierunter auch den Fall begreifen, in welchem ein solches Nutzungsrecht nicht den Gebrauch einer (bestehenden) Landstraße, eines (bestehenden) öffentlichen Platzes hindert, sondern der Anlage der Straße, des Platzes hinderlich ist, so würde Jedermann die Unrichtigkeit der Subsumtion dieser zwei verschiedenen Fälle unter denselben Begriff einsehen. Ganz das Gleiche ist es im Grund genommen bei Anlegung einer Wasserstraße, denn der von Natur zur Schifffahrt absolut untaugliche Fluß ist, bevor er durch Kunsthülfe schiffbar gemacht wird, so wenig eine Wasserstraße, als der Grund

und Boden, auf welchem eine Landstraße angelegt werden sollte, eine solche war, bevor die Straße wirklich angelegt wurde. In Beziehung auf den gemeinen Gebrauch der Schifffahrt, und nur von diesem ist an der fraglichen Stelle zunächst die Rede, können daher nur die an von Natur schiffbaren Flüssen hergebrachten Privatnutzungen als „hindernde" bezeichnet werden, und insofern Eichhorn von „hindernden Nutzungsrechten" spricht, muß er den Fall im Auge gehabt haben, in welchem diese Rechte an schiffbaren Flüssen hergebracht sind, und dieses Prädikat kann sich sonach nicht auf die Rechte an den nicht schiffbaren Gewässern beziehen, weßhalb der Verfasser auch die beiden Bezeichnungen der Nutzungsrechte im ersten Satze mit dem Bindewort „oder" (nicht „und") zusammengefügt hat („ausschließliche oder den gemeinen Gebrauch hindernde"), wodurch er wohl andeuten wollte, daß das letztere Prädikat nicht auf beide Fälle, nämlich den Fall, wenn die Nutzungsrechte an schiffbaren Flüssen, und den, wenn sie an anderen öffentlichen Gewässern hergebracht wurden, bezogen werden dürfe.

Wir haben daher bei den Nutzungsrechten, welche dem gemeinen Gebrauch hinderlich sind, zunächst und vorzugsweise an schiffbare Flüsse zu denken, wie denn auch der gemeine Gebrauch an den weder schiff- noch floßbaren Gewässern, welcher nur die s. g. kleinen Nutzungen: Waschen, Trinken, Tränken, Schwimmen, Schwemmen, Schöpfen rc. umfassen wird[317]), mit den ausschließlichen (örtlichen) Nutzungsrechten einzelner Privatpersonen (insbesondere den Mühlen) nicht wohl in Conflikt gerathen kann. Wir haben ferner, wie gezeigt wurde, unter der Hinderung des gemeinen Gebrauchs nicht sowohl an eine Verhinderung, eine Unmöglichmachung dieses letzteren, als an eine Beschränkung, Ver-

---

317) Die Wässerung gehört ihrer Natur nach nicht zum gemeinen Gebrauch. Cfr. Maurenbrecher, Privatrecht. §. 266. Not. 1. und oben §. 68. Not. 163.

kümmerung desselben zu denken, welche allerdings da, wo Mühlwehre u. dergl. bestehen, immer vorkommen wird, ohne daß deshalb Schiff- oder Floßfahrt unmöglich gemacht wäre.

§. 121. Somit wäre auch die zuletzt angeführte Einwendung gegen die Auslegung der Stelle in dem obigen Sinne als beseitigt zu betrachten.

Ein weiterer Einwurf könnte endlich aus der oben kurz angeführten historischen Entstehung der Nutzungsrechte an öffentlichen Flüssen nach Eichhorn's Darstellung entnommen werden. Hienach sollen nämlich die Schifffahrt und die Fischerei auf stromweise fließenden Gewässern zwar ursprünglich ein Recht der natürlichen Freiheit gewesen seyn, jedoch so, daß hergebrachte Nutzungsrechte „nicht beeinträchtigt werden dürfen" [318]). Aus diesem könnte nun gefolgert werden wollen: daß auch jetzt noch jede Beschränkung des bisherigen Gebrauchs der hergebrachten Nutzungen durch die Schifffahrt als eine Rechtsverletzung betrachtet werden müßte. Wenn man aber bedenkt, daß ja hier so wenig, als an der Stelle, um deren Auslegung es sich handelt, (Einleit. §. 268. III.) gesagt ist: wie weit die hergebrachten Nutzungsrechte gingen, in wie weit sie den Gebrauch der Schifffahrt beschränkten oder ausschlossen, und daß es sich immer nur von Beeinträchtigung der Rechte, nicht des faktischen Gebrauchs handelt; so kann man schon aus diesem Grunde dem Einwurf keinen großen Werth beilegen. Jedoch auch hievon abgesehen, ist nicht zu vergessen, daß das Gesagte sich nur auf den früheren Rechtszustand insbesondere zur Zeit der deutschen Rechtsbücher (Sachsenspiegel, Schwabenspiegel, im 12. Jahrh.) bezieht, welcher Zustand, wie wir oben gesehen haben, in der Folge sich bedeutend verändert hat und daß, wie Eichhorn dem oben Bemerkten zu Folge selbst zugiebt, jene Nutzungsrechte zu regalen (verliehenen oder sonst erworbenen) Gerechtigkeiten wurden, und daher nach

319) Eichhorn, Einleit. §. 267 c.

den hierüber geltenden Grundsätzen beurtheilt werden müssen [319]). Es kann daher auch dieser letzte Einwurf gegen unsere Auslegung nicht Stich halten.

§. 122. Wenn ich bei Erläuterung der Stelle von Eichhorn etwas weitläufig geworden bin, so mag es der geneigte Leser damit entschuldigen, daß diese Stelle wirklich die einzige ist, welche eine directe Entscheidung des gegenwärtigen Falls, d. h. der Frage enthält: wie die Conflikte mit den Rechten der Wasserwerksbesitzer bei Einführung *) der Schifffahrt auf einem von Natur schiffbaren Flusse geschlichtet, insbesondere ob diese Rechte expropriirt werden müssen, und ob die Berechtigten zu entschädigen seyen? Daß ferner diese Stelle auf den ersten Anblick leicht falsch aufgefaßt werden kann, wie denn z. B. Hofacker [320]) sie kurzweg dahin interpretirt: daß alle Nutzungsrechte der Wasserwerksbesitzer an schiffbaren Flüssen den gemeinen Gebrauch der zum Werksbetrieb nöthigen Wassermenge, der Wasserkraft ausschließen und verhindern, und daher nur im Expropriationswege aufgehoben werden können. Ich glaube hingegen gezeigt zu haben, wie Eichhorn eine so erorbitante Behauptung nicht aufstellt, vielmehr seine Entscheidung dahin giebt: daß jene Nutzungsrechte, entweder mit der Schifffahrt (trotz ihrer Eigenschaft als „ausschließliche oder den Gemeingebrauch hindernde") bestehen können, und in diesem Falle unverändert bleiben (was Hofacker ganz übersehen hat), oder aber: daß sie wegfallen müssen, und unter dieser Voraussetzung nur im Expropriationswege, gegen volle Entschädigung der Berechtigtigten aufgehoben werden dürfen, welch' ersterer Fall die Regel, letzterer die Ausnahme bildet.

---

319) Crf. oben Note 315.

*) Mittermaier, Privatr. a. o. §. 116. Not. 303. a. O. spricht doch zunächst nur von den Conflikten beim Floßbetriebe.

320) Hofacker a. a. O. S. 53. 54. 62. 80.

Da wir nun, wie sich gleich zeigen wird, für letztere Ausnahmsfälle zu dem gleichen Resultate kommen werden, wie Eichhorn, so können wir seine Entscheidung ohne Anstand als eine Bestätigung des oben (§. 104.) aufgestellten Grundsatzes annehmen: daß durch die Einführung der Schiff- oder der Floßfahrt auf einem schiff- oder floßbaren Flusse die Rechte der Wasserwerksbesitzer (in der Regel) nicht verletzt werden, vielmehr unverändert bleiben, und daher für die Nachtheile, welche diese Berechtigten durch Schiff- oder Floßfahrt etwa erleiden mögen, denselben keine Entschädigung gebührt.

§. 123. Sehen wir jetzt noch, was zwei der neuesten und nächst Eichhorn angesehensten Germanisten über unsere Frage enthalten, nämlich Mittermaier und Maurenbrecher!

Ersterer sagt in seinen Grundsätzen des deutschen Privatrechts [321]): „Wenn die bisher nicht schiffbaren Gewässer schiffbar gemacht werden sollen, so können dies Privatpersonen nicht hindern, die Ufereigenthümer sind wegen der bisher ihnen privatrechtlich zustehenden Wasserbenutzung zu entschädigen, der Fluß wird aber dann ein öffentlicher," und Maurenbrecher bemerkt auf gleiche Weise [322]): „Privatgewässer können durch Schiffbarmachung in Staatseigenthum verwandelt werden. Es folgt aus einem höheren staatsrechtlichen Prinzip für die Wassereigenthümer die Pflicht, diese Expropriation sich gefallen zu lassen. Versteht sich aber dabei von selbst, daß sie entschädigt werden müssen."

Mittermaier spricht nicht nur ausdrücklich von „bisher nicht schiffbaren Flüssen," sondern derselbe hält auch nur die schiffbaren Flüsse für öffentliche [323]), und es ist daher klar, daß er, wenn er von Flüssen spricht, die durch Schiffbarmachung öffentliche werden, die eigentliche Schiff-

---

321) 1. Bd. §. 222 a. S. 617. u. bei Not. 18.
322) Privatrecht. §. 180. Not. 7.
323) a. a. O. S. 617. bei Not. 13.

barmachung im Auge hat. Daß Maurenbrecher denselben Fall, nicht aber die Einführung der Schifffahrt auf schiffbaren Flüssen meint, kann nach den klaren Worten desselben noch weniger einem Zweifel unterliegen, und bedarf daher kaum der Bemerkung.

§. 124. Wir haben nun nach Prüfung der Ansichten älterer und neuerer Rechtslehrer gefunden, daß die Meisten die Frage in Betreff der Entschädigung der Wasserwerksberechtigten bei Einführung der Schiff- oder Floßfahrt auf einem von Natur schiff- oder floßbaren Flusse ganz übergehen, und von der (eigentlichen) Schiffbarmachung eines von Natur nicht schiff- oder floßbaren Gewässers handeln. Wir haben eine Entscheidung der ersteren Frage nur von Einem Schriftsteller (Eichhorn) beibringen können. Es fragt sich daher nur noch, ob und in wie weit die Ansichten der Schriftsteller über diesen Punkt etwa aus ihren allgemeinen Grundsätzen in Hinsicht der Conflikte zwischen Wasserberechtigungen an öffentlichen Flüssen und dem Gebrauch derselben als Wasserstraßen zur Schiff- und Floßfahrt, sowie aus sonstigen gelegenheitlichen Aussprüchen derselben abstrahirt werden können? In dieser Beziehung muß ich dem Folgenden [324]) hier kurz vorgreifen und bemerken, daß viele Schriftsteller der Ansicht sind, der Schaden, welcher den Wasserwerksberechtigten durch die Ausübung der Schifffahrt oder der Flößerei zugefügt wird, begründe eine Ersatzverbindlichkeit. Diese Schriftsteller müssen nun, wie man glauben sollte, wenn sie consequent seyn wollen, ebensowohl behaupten, daß schon der Schaden und die Nachtheile, welche die Einführung der Schiff- oder Floßfahrt verursache, Entschädigungsansprüche begründe. Ja, sie müssen genau genommen noch weiter gehen, und der Staatsgewalt das Recht absprechen, Schiff- oder Floßfahrt auf einem schiff- oder floßbaren Flusse einzuführen, wenn nicht die Werksbesitzer, welche hiebei Schaden haben können, eingewilligt ha-

324) unten §. 141. 142.

ben, oder im Expropriationswege gezwungen werden können (vergl. oben §. 104. bei Note 267). Denn nur unter der Voraussetzung eines ausschließenden, unbeschränkten Rechts an die zum Betriebe des Werks erforderliche Wassermasse (die Wasserkraft) kann der Schaden, welcher aus der Mitbenutzung dieser Wassermasse zur Schiff- oder Floßfahrt entspringt, als eine Verletzung des Rechts jenes Nutzungsberechtigten betrachtet, und daher ein Ersatzanspruch als begründet angesehen werden. Unter dieser Voraussetzung ist aber auch, wie wir gesehen haben, die Einrichtung der Floß- oder Schifffahrt auf floß- oder schiffbaren Gewässern ohne Schmälerung wohlerworbener Rechte nicht möglich, und daher nur im Expropriationswege ausführbar. Es müssen daher offenbar die gleichen Grundsätze in Hinsicht auf Einführung der Schiff- oder Floßfahrt auf schiff- oder floßbaren Gewässern, wie in Beziehung auf die Ausübung dieser Wasserbenutzung nach erfolgter Einführung gelten. Hienach sollte man meinen: obwohl keiner dieser Schriftsteller ausdrücklich sich dafür ausspricht, daß auch bei Einführung der Schifffahrt auf schiffbaren Gewässern alle Conflikte mit den örtlichen Nutzungsberechtigten (Müllern und sonstigen Wasserwerksbesitzern) ein Expropriationsverfahren veranlassen, oder daß alle den letzteren zugehenden Nachtheile rechtliche Ersatzansprüche begründen; so müsse demungeachtet dies als die Ansicht der genannten Autoren betrachtet werden. Allein so consequent mir diese Schlußfolgerung erscheint, so halte ich sie doch für sehr gewagt.

Wenn ich nämlich bedenke, wie wenig Einheit, wie wenig System insbesondere die älteren Germanisten in der Lehre vom Wasserrechte zeigen, wie wenig ihre Begriffe aufgeklärt und geläutert sind, wie meistens ihre Entscheidungen mehr das Resultat ihrer praktischen Erfahrung, oder einer schiefen Anwendung römisch rechtlicher Grundsätze, als das Ergebniß streng wissenschaftlicher Deductionen darstellen; so kann ich es nicht für zulässig halten, aus dem Grunde, weil der eine oder der andere dieser Schriftsteller sich dafür ausspricht,

daß die Wasserwerksbesitzer ein Recht auf Entschädigung wegen der ihnen durch den Schifffahrts- oder Floßbetrieb verursachten Nachtheile haben, diesem Schriftsteller auch die Ansicht zu unterlegen: daß alle örtlichen Wasserwerksrechte bei Einführung der Schifffahrt auf einem schiffbaren Flusse sich diesem Wassergebrauch nur im Expropriationswege bequemen müssen.

§. 125. Gehen wir auf das Prinzip zurück, auf welches eine solche, consequent durchgeführte Ansicht sich stützen müßte, so werden wir von selbst auf die Eigenthumstheorie geführt, deren Consequenzen, wie ich schon mehrfach zu zeigen Veranlassung hatte, die abgetretenen ausschließlichen Wassernutzungsrechte sind, und welche daher in ihrer Nutzanwendung auf die Conflikte dieser Rechte mit der Floß- oder Schifffahrt die Anerkennung der soeben angegebenen Grundsätze zur Folge haben müßte. Wir wollen nun sehen, ob diejenigen unter den oben (§§. 107—123) angeführten Schriftstellern, welche den Wasserwerksberechtigten Entschädigung für die ihnen beim Betrieb der Schiff- oder Floßfahrt zugehenden Nachtheile zuerkennen, ob diese Schriftsteller, sage ich, auch consequente Vertheidiger der strengen Proprietätstheorie sind, und ob sich ihre Ansicht in Betreff der Entschädigung aus dieser Theorie ableiten läßt?

Zu diesen Schriftstellern gehört zuerst der alte Fritsch mit seiner Abhandlung vom Floßrechte. Derselbe spricht sich unbedingt dafür aus, daß der durch den Betrieb der Flößerei den Nutzungsberechtigten Ufereigenthümern, insbesondere auch den Müllern und anderen Werksbesitzern zugefügte Schaden ersetzt werden müsse [325]). Auch haben wir oben [326]) gefunden, daß Fritsch ein warmer Anhänger der Eigenthumstheorie ist. Es ließe sich nun erwarten, daß derselbe die genannte Ersatzverbindlichkeit gegenüber jenen Nutzungsberech-

---

325) **Fritsch**, l. c. Cap. III. 15. 16. V. Sect. I. 8. 14. 15. S. 18. ff. (Jus fluviat. S. 115—120.)

326) §. 55. 56. Not. 133—135.

tigten einfach aus dem dieser Theorie zu Grund liegenden Prinzip ableiten würde, etwa wie Hofacker in der öfter allegirten Schrift über das Floßregal solche wirklich ableitet [327]. Allein dem ist nicht so. Vielmehr beruft sich unser Autor theils auf römisch-rechtliche Grundsätze, welche gar nicht hieher passen, wie auf den schon so vielfach mißverstandenen Satz: daß Niemand durch den Schaden eines Andern sich bereichern dürfe [328], theils einfach auf die aequitas, und endlich sogar auf die Pflichten, welche der Landesherr als Regent und als Christ gegen seine Unterthanen zu erfüllen hat, und vermöge welcher derselbe z. B. auch den Wildschaden den Unterthanen zu ersetzen verbunden sey [329].

Der zweite unter den oben angeführten Schriftstellern, welcher die Ersatzansprüche der Nutzungsberechtigten anerkennt, ist v. Rohr im Haushaltungsrechte [330]. Derselbe ist nicht ganz mit sich im Reinen, ob er dem römisch-rechtlichen Begriff eines öffentlichen Flusses huldigen, oder die Proprietätstheorie adoptiren solle. Doch neigt er sich mehr zu der letzteren hin, weil in Deutschland durch Anmaßung der Fürsten die öffentlichen Flüsse Eigenthum der Letzteren geworden seyen, und daher ihre römisch-rechtliche Eigenschaft als öffentliche Sachen verloren haben [331]. Sehen wir uns nach der Begründung des Entschädigungsrechtes um, so finden wir nahezu dieselben Gründe, wie bei Fritsch, nämlich: „es könne keiner durch sein Zuthun den Zustand des Andern verschlimmern (?!), und es sei unbillig, daß einer mit des Andern Schaden reicher werde.“ Also, auch hier keine consequente Ableitung des Rechtsverhältnisses zwi-

327) a. a. O. S. 53. 63. 80. Vergl. auch oben §. 69. Not. 166.

328) Fritsch, l. c. Cap. III. 16. S. 13.

329) Fritsch, l. c. Cap. V. Sect. I. 9. 14—16.

330) v. Rohr a. a. O. Buch VIII. Cap. IV. §. 5. 8. Seite 1230. 1233.

331) a. a. O. IV. Buch. IX. Cap. S. 671. VIII. Buch. 3. Cap. §. 1. 2. S. 1225—26.

schen dem Schifffahrts- und Floßrechte und den Rechten der Wasserwerksbesitzer aus dem Eigenthums-Prinzipe, sondern vage Billigkeitsgründe, und unjuristische, ja unsinnige Sentenzen.

§. 126. Der dritte oben angeführte Autor ist Joh. Jak. Moser. Auch dieser ist des Dafürhaltens, daß der Landesherr den durch die Floßstraße selbst (d. h. durch den Gebrauch des Flusses als Floßstraße) verursachten Schaden zu ersetzen verbunden sey [332]). Was seine Ansichten über das Eigenthum der öffentlichen Flüsse betrifft, so neigen sich solche mehr zu der neueren, den Begriffen des römischen Rechts wieder näher stehenden Theorie hin. Denn obwohl dieser Autor annimmt, daß das Eigenthum der großen Flüsse und Ströme dem Landesherrn (Namens des gemeinen Wesens) zusteht, und der Letztere „damit nach Belieben verfahren könne," so statuirt er doch, daß der Gebrauch der Ströme und Flüsse insofern ein allgemeiner sey, als Jedermann sich des Wassers „wie der Straßen zu Land bedienen dürfe" [333]). Die Gründe der Ersatzverbindlichkeit des Landesherrn gegenüber den Wasserwerksbesitzern und anderen Nutzungsberechtigten sind bei Moser nicht angegeben.

Das Werk von Strube, aus welchem oben eine Stelle in Betreff der Schiffbarmachung der Flüsse angeführt wurde, ist eine Präjudicien-Sammlung, und es läßt sich daher nicht von allgemeinen Grundsätzen und sonstigen Ansichten des Autors reden, von welchen ein Schluß auf seine Meinung in Betreff des gegenwärtigen Falls zulässig wäre. Auch ist mir nicht bekannt, daß die Sammlung von Strube eine Entscheidung der Frage in Betreff der Entschädigung der Werksberechtigten wegen der ihnen durch Einrichtung oder Betrieb der Schiff- oder Floßfahrt auf floß- oder schiffbaren Flüssen zugehenden Nachtheile enthielte.

---

332) J. Jak. Moser, von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers. Cap. 21. §. 4. S. 235.

333) Ebendas. Cap. 17. §. 3. S. 202—3. §. 6. S. 205.

Ebenso verhält es sich mit der Stelle aus Hagemann's praktischen Erörterungen, indem ich auch über die Ansicht dieses Schriftstellers in Betreff der Entschädigung der Wasserwerksbesitzer beim Betriebe der Schiff- oder Floßfahrt in seinen Schriften nichts gefunden habe. Daß übrigens dieser Autor noch ziemlich tief in der Eigenthumstheorie steckt, habe ich oben (§. 44. Not. 89. 90.) gezeigt.

v. Cancrin, in seinem oben angeführten Werke über das Wasserrecht, spricht sich entschieden dafür aus, daß aller und jeder Schaden, welcher den Nutzungsberechtigten, insbesondere den Mühlen- und Werksbesitzern durch den Betrieb der Flößerei verursacht wird, vollständig ersetzt werden müsse [334]). Ueber den Eigenthumsbegriff und die rechtliche Natur der öffentlichen Gewässer ist dieser Schriftsteller nicht mit sich im Reinen, vielmehr läßt er diese Streitfrage unentschieden, mit der Bemerkung, daß der Streit ohne Nutzen sey, weil den Landesfürsten Kraft der Regalien, „alle Wirkungen und Nutzbarkeiten" des Eigenthums zustehen, woraus ersichtlich ist, daß er wenigstens praktisch der Proprietätstheorie huldigt, wie er denn überall Eigenthum und Regal gänzlich confundirt [335]). Uebrigens erkennt v. Cancrin demungeachtet an anderen Stellen wieder die Freiheit der Schifffahrt an und vergleicht die Flüsse mit den Landstraßen [336]); was Alles einen Beleg für das über dessen Monographie oben (§. 113.) gefällte Urtheil, und für die Behauptung liefert: daß man bei den meisten Schriftstellern kein streng durchgeführtes System, keine klaren und consequenten Begriffe und Grundsätze in der Lehre vom Wasserrechte suchen dürfe. Dies zeigen auch die Gründe, welche v. Cancrin für das Recht der Werksbesitzer auf

---

334) v. Cancrin, Wasserrecht. II. Bd. 6. Abh. 2. Cap. §. 26. S. 111. §. 36. S. 117. §. 43. S. 122.

335) Derselbe, I. Bd. 1. Abhand. 2. Cap. §. 99. S. 73. 74. II. Bd. 6. Abh. 2. Cap. §. 22. 28. S. 109. 112.

336) Derselbe, I. Bd. 1. Abh. 2. Cap. §. 97. S. 72. §. 100. S. 74. §. 120. S. 84. §. 129. S. 88.

Entschädigung anführt und die er Fritsch wörtlich nachspricht: „weil der Fürst die Wohlfahrt des Staats besorgen solle," und weil „Niemand mit dem Schaden eines Dritten reicher werden könne" [337]). Allerdings sind es dieselben Gründe, auf welche sich unser Autor auch bei der Schiffbarmachung und der Floßeinrichtung der Flüsse beruft, die von Natur nicht floßbar sind, und es ist daher kaum zu bezweifeln, daß derselbe die Frage in Betreff der Entschädigung bei der Einführung der Schiff- oder Floßfahrt auf einem schiff- oder floßbaren Flusse nach Maßgabe der gleichen Grundsätze beantworten würde, welche freilich bei ihrer Vagheit und Unbestimmtheit auf alle Fälle gleich gut und gleich schlecht passen. Allein man kann demungeachtet hieraus nicht den Schluß ziehen, daß v. Cancrin consequenter Weise letztere Frage nicht anders beantworten könnte, eben weil dieser Schriftsteller überhaupt eine consequente Theorie nicht aufgestellt und befolgt hat.

§. 127. Was die Ansicht Mittermaier's betrifft [338]), so sagt derselbe bei der Ausübung der Floßfahrt, die er der Schifffahrt gleichstellt: daß sie wegen des Einflusses auf Uferbau, auf Mühlen- und Schifffahrt immer der Oberaufsicht der Landespolizeibehörde und den besonderen Vorschriften über die Ausübung des Floßrechts unterworfen sey, und bemerkt sodann weiter unten (Ziff. III.) in Beziehung auf beide Arten der Flößerei: „Diejenigen, welche an dem Flusse, auf welchem geflößt werden soll, Mühlen und ähnliche Anlagen haben, können der Ausübung der Flößerei sich nicht entgegensetzen; allein die Flößer sind schuldig die durch böswillige oder fahrläßige Vernachlässigungen der bei der Flößerei ihnen obliegenden Pflichten verursachten Beschädigungen sowohl den Mühlenberechtigten, als auch den Ufereigenthümern zu ersetzen." Somit gibt Mittermaier in-

337) v. Cancrin, II. Bd. 6. Abh. 2. Cap. §. 26. §. 36. S. 111. 117.
338) Mittermaier, Grundsätze. §. 230. S. 635. 636.

direct zu, daß zufällige, unvermeidliche Beschädigungen von Seiten der Flößer eine Ersatzforderung nicht begründen. Da dieser Schriftsteller ohnehin den neueren Ansichten von der rechtlichen Natur der öffentlichen Flüsse und dem Eigenthum des Staats an den öffentlichen Sachen huldigt, wie wir oben gesehen haben [339]), so werden wir um so mehr berechtigt seyn, aus dieser Stelle auf seine Ansicht in Betreff der Conflikte zwischen der Schiff- und Floßfahrt und der Wassernutzung zum Maschinenbetrieb überhaupt, und insbesondere in Betreff der gegenwärtigen Frage (wegen des Ersatzes für die durch die erste Einführung den Maschinenberechtigten zugehenden Nachtheile), einen unserer Theorie günstigen Schluß zu ziehen [340]).

Maurenbrecher endlich [341]) erwähnt des Schadensersatzes nur beiläufig, indem er bemerkt, daß der Anspruch auf denselben auf beiden Seiten, sowohl des Floßberechtigten, als der Ufereigenthümer, dadurch bedingt sey, daß sie ihrerseits die Floßordnungen inne gehalten haben müssen. Man weiß nicht, ob er hiebei an beide Formen des Floßbetriebs, oder nur an die Flößerei mit unverbundenem Holze, ob er ferner an öffentliche oder an Privatflüsse, oder an beide denkt. Nach dem in der Note 8. Bemerkten, so wie nach der Note 9. allegirten Stelle bei Cancrin, Wasserrecht, wird man aber annehmen dürfen, daß Maurenbrecher zunächst an die Flößerei mit unverbundenem Holze (die er jus grutiae nennt) auf Privatflüssen gedacht habe. Denn in ersterer Note ist gesagt: „die gewöhnlichen Vorschriften der Floßordnungen beziehen sich auf das jus grutiae und namentlich auf die Vorkehrungen, welche sowohl der Floßberechtigte, wie die Ufereigenthümer und Maschinenberechtigte (Müller) zu treffen haben, ehe die Flößung geschehen

339) Vergl. oben §. 36.

340) Hienach bedarf das bei Hofacker a. a. O. S. 55. Bemerkte keiner besonderen Widerlegung.

341) Maurenbrecher, Privatr. §. 295. S. 631. 632.

darf.“ Worin die Vorkehrungen von Seiten der letzteren (Müller) hauptsächlich bestehen, sagt uns aber der Not. 9. allegirte Cancrin, nämlich in dem Vorsetzen der nöthigen Floßrechen vor die Mühlschleußen, einer Vorrichtung, welche den Zweck hat, zu verhindern, daß das Floßholz (Scheiterholz) nicht an die Mühlräder u. s. w. komme und Schaden anrichte. Wenn es daher auch einigermaßen zweifelhaft bleibt, ob Maurenbrecher mit Mittermaier übereinstimmt, dessen Ansicht von der rechtlichen Natur der öffentlichen Flüsse und dem Staatseigenthum an denselben er theilt, so wäre es doch gewagt, von dem von diesem Schriftsteller (Maurenbrecher) in Betreff des Schadensersatzes beim Betrieb der Flößerei Gesagten einen Schluß auf seine Ansicht hinsichtlich der Conflikte bei Einführung der Schiff- oder Floßfahrt auf schiff- oder floßbaren Flüssen zu ziehen, und aus dem Grunde, weil derselbe in jenem Falle (sc. des Betriebs) unter gewissen Voraussetzungen den Ufereigenthümern oder den zur Flußbenutzung Berechtigten Ersatz für die durch das Flößen erlittenen Schäden zuerkennt, anzunehmen, daß er überhaupt und unter allen Umständen, bei öffentlichen Strömen wie bei Privatwässern, die Rechte der letzteren für ausschließliche halte, welche der Einführung der Schifffahrt oder Floßfahrt im Wege stehen, und daher ein Expropriationsverfahren nöthig machen.

§. 128. Bevor wir nach dieser Exkursion durch die Schriften älterer und neuerer Germanisten und Musterung ihrer Ansichten in Betreff der Entschädigungsfrage bei Einführung der Schifffahrt uns wieder zu unserer Aufgabe wenden, wollen wir auf das Ergebniß kurz zurückblicken.

Für's Erste haben wir im Allgemeinen die Behauptung (oben §. 106.) bestätigt gefunden, daß die Mehrzahl der Rechtslehrer theils zu wenig Einheit und Consequenz, theils zu wenig Genauigkeit in Unterscheidung der verschiedenen Fälle zeigt. Sodann haben wir insbesondere gesehen, wie (mit einer einzigen Ausnahme) gerade die uns

zunächst vorliegende Frage (offenbar die wichtigste und folgenreichste bei der ganzen Erörterung) sich nicht speciell und direkt beantwortet findet. Endlich ist es uns klar geworden, daß auch die Aussprüche einzelner Schriftsteller in Betreff der Ersatzleistung bei eingerichteter Schiff- oder Floßfahrt (Entschädigung wegen der durch den Betrieb zugefügten Nachtheile) der Mehrzahl nach keine sichern Anhaltspuncte für die Entscheidung jener Frage geben, eben weil diese Aussprüche entweder nicht das Resultat einer consequent durchgeführten Theorie, oder ohne die gehörige Bezeichnung und Unterscheidung der Verhältnisse des Falls gegeben sind.

Dritter Titel.

Einwürfe gegen die hier vorgetragene Theorie.

§. 129. Ist es uns bisher darum zu thun gewesen, die Ansichten der Schriftsteller älterer und neuerer Schule über die Frage von der Entschädigung der Maschinenberechtigten bei der Einführung der Schiff- oder Floßfahrt zu vernehmen, und haben wir hiebei ein genügendes Ergebniß weder für die Begründung, noch für die Widerlegung der oben aufgestellten Sätze erhalten, so wollen wir jetzt die speciellen Einwürfe in Erwägung ziehen, welche gegen die genannten Sätze gemacht werden können, beziehungsweise schon gemacht worden sind.

Da der Verfasser die in vorstehender Abhandlung aufgestellten Principien im Wesentlichen bereits in seiner früher erschienenen Schrift über diesen Gegenstand aufgestellt hat, und diese Principien, so, wie sie in letzterer Schrift vorgetragen wurden, in der schon mehrfach angeführten Gegenschrift von Hofacker bekämpft worden sind; so werden wir die Gegengründe und Einwürfe am füglichsten an der Hand dieser letzteren Schrift kennen zu lernen und zu beantworten

versuchen. Nur müssen wir hiebei im Auge behalten, daß die von dem Verfasser im Vorhergehenden vertheidigte Ansicht zwar dem Hauptergebnisse nach mit der in jener ersten Schrift aufgestellten Theorie zusammentrifft, jedoch auch manche nicht unbedeutende Modificationen und Beschränkungen der letzteren enthält, so daß manche gegnerischen Einwürfe schon aus diesem Grunde hier wegfallen müssen.

Der erste und gewichtigste Einwurf ist folgender:

Die angeführte Theorie in Betreff des Ersatzes führe zu der absurden Consequenz, daß den Nutzungsberechtigten ihre Rechte ganz entzogen werden könnten, ohne daß sie Entschädigung hiefür anzusprechen hätten. Denn, wenn letztere Rechte nur unter dem Vorbehalte erworben werden können, daß und in so weit sie der (später etwa einzuführenden) Schiff- oder Floßfahrt nicht hinderlich sind, so sey die natürliche Folge hievon, daß dieselben hinterher bei Einführung der Schiff- oder Floßfahrt nicht allein theilweise beschränkt oder entzogen, sondern daß sie ebensogut ganz aufgehoben oder hinweggenommen werden dürfen. Es sey hier keine Grenze zu stecken, wie weit die Beschränkung und Entziehung gehen dürfe, wie weit nicht; der angebliche Rechtsgrund der Erwerbung unter jenem Vorbehalt, der „widerruflichen Verleihung" passe so gut und so schlecht für die gänzliche Aufhebung der Rechte, wie für ihre theilweise Entziehung, für ihre Beschränkung. „Nun denke man sich aber" ruft Hofacker [342]) aus, „auch die Folgerungen aus diesem Satze: „Sämmtliche Mühlen an jedem größeren oder kleineren öffentlichen Flusse Württembergs können trocken gelegt werden, ganz oder theilweise, ohne Entschädigung, wenn der Fluß schiff- oder floßbar gemacht wird, es soll dieß in der Natur der Verleihung der Wassergerechtigkeit liegen."

„Betrachten wir die Sache," fährt derselbe Schriftsteller

342) Hofacker a. a. O. S. 82.

fort, „ohne alle Beziehung auf Rechtssätze bloß nach dem gesunden Menschenverstande, so wird dieser sagen: Es sind 44 Wehre auf dem Kocher [343]) seit langen Jahrhunderten, welche die Schiff- und Floßfahrt durchaus verhindern, und nun annehmen, alle diese Mühlen seyen seit Jahrhunderten unter der Voraussetzung erbaut und besessen, daß sie beim Schiff- oder Floßbarmachen zu verschwinden haben, was gehört da für eine Phantasie dazu?

§. 130. Dieser Einwurf ließ sich um so plausibler darstellen, als die oben angeführte frühere Schrift des Verfassers die faktischen Verhältnisse allerdings nicht genügend festgestellt, insbesondere die Fälle des Conflicts aus Veranlassung der Einrichtung der Floßfahrt einer, und des Betriebs der letzteren andererseits, sowie bei jener den Fall der eigentlichen Floßbarmachung, und den der Einführung der Floßfahrt auf einem floßbaren Flusse nicht unterschieden hatte. Hofacker faßte nun den Fall der eigentlichen Schiff- und Floßbarmachung hauptsächlich ins Auge, wie der Inhalt der Note zeigt [344]), ein Fall, in welchem, wie aus dem Obigen (§. 88.) erhellt, der Einwurf immerhin begründet seyn mag, und auf welchen das von Hofacker an einem anderen Orte angeführte Beispiel von einer Landstraße, welche durch meinen Garten geführt werden will, Anwendung finden dürfte [345]).

Allein unter der Voraussetzung, von welcher bei dem oben (§. 104.) aufgestellten Grundsatze ausdrücklich ausgegangen worden ist, nämlich: daß der Fluß ein seiner natür-

---

343) Der Verfasser spricht von dem Spezialfall, den seine Schrift hauptsächlich zum Gegenstand hat. Der Kocherfluß ist einer der Hauptzuflüsse des Neckars.

344) a. a. O. S. 82. Not. 1. räumt Hofacker ein, daß selten die Mühlen ganz werden trocken gelegt werden, wenn nicht ein Canal gegraben werden müsse.

345) Vergl. oben Not. 266.

lichen Beschaffenheit nach schiff- (oder floß-)bares fließendes Wasser, eine natürliche Wasserstraße ist, muß auch obiger Einwurf alle seine Schneide verlieren.

Wir wollen diesem Einwurf nun genauer auf den Zahn fühlen: die Schrift von Hofacker legt dem Gegner die Behauptung in den Mund: die Verleihung oder überhaupt die Erwerbung der in Frage stehenden Nutzungsrechte sey eine rein widerrufliche, sie sey unter dem Vorbehalt erfolgt, daß jene Rechte hinterher beschränkt werden dürfen. Eine solche Behauptung würde ein an sich unbeschränktes Recht, eine an sich ausschließliche Nutzungsbefugniß voraussetzen, deren Beschränkung nur erst ex post, gewissermaßen durch den Eintritt einer Resolutiv-Bedingung bewerkstelligt würde. Hievon war aber in dem Vorhergehenden nirgends die Rede. Es handelte sich überhaupt nicht von Beschränkung unbeschränkt erworbener und besessener Rechte, mag diese nun schon aus dem ursprünglichen Erwerbungsgrunde derselben abgeleitet, oder als nachher von Außen hinzugekommen betrachtet werden, sondern lediglich von Beschränkung, Veränderung eines faktischen Zustandes. Die Rechte selbst waren und sind nach wie vor die gleichen, wenn auch letzterer verändert wird. Daß diese Rechte keine ausschließenden, daß sie insbesondere keine Eigenthumsrechte sind, glaube ich oben (§§. 50. 68—71. 93.) hinreichend nachgewiesen zu haben. Wenn daher der bisher ausschließliche, alleinige Gebrauch bei Einführung der Schiff- oder der Floßfahrt eingeschränkt wird, so ist dieß nicht eine nachgefolgte Beschränkung eines (ursprünglich unbeschränkten) Rechts, so wenig als einem Hausbesitzer, um das Beispiel von der serv. altius non tollendi beizubehalten, dadurch, daß sein Nachbar den bisher leer stehenden Platz überbaut, und ihm den Genuß von Licht und Aussicht entzieht, eine Rechtsbeschränkung zugefügt wird [346].

346) Wenn ich in meiner früheren Schrift über die Conflicte zwischen der Flößerei und den Mühlenberechtigten dies auch nicht bestimmt genug hervorgehoben habe, so ist gleichwohl dort die Theorie einer wider-

§. 131. In faktischer Beziehung geht sodann jener Einwurf von der Voraussetzung aus, daß bei Einführung der Floß- oder Schifffahrt in der Regel die Wassernutzung der Maschinenberechtigten ganz aufgehoben oder doch wesentlich beschränkt, daß, wie Hofacker a. a. O. sich ausdrückt, die Mühle „ganz oder theilweise trocken gelegt" werden müsse, oder gar „zu verschwinden habe," eine Voraussetzung, welche, was zum Wenigsten die Schiff- oder Floßfahrt auf einem von Natur hiezu tauglichen Flusse betrifft, ganz unrichtig ist. Es ist klar, daß man, wenn der Einwurf plausibel seyn soll, von dem Unterschied zwischen der eigentlichen und der uneigentlichen Schiffbarmachung eines Flusses absehen, und die insbesondere bei der ersteren vorkommenden Fälle, in welchen, (wegen Anlegung eines Canals und dgl.) eine Mühlengerechtigkeit aufgehoben werden muß, hervorheben wird, wie dies Hofacker nach dem oben Bemerkten wirklich gethan hat. Wenn man jedoch die Sache ruhig betrachtet, so wird man finden, daß das Nebeneinanderbestehen der Schiff- und Floßfahrt einer-, und der Wassernutzung zum

---

ruflichen Verleihung, einer nachgefolgten Beschränkung des von Anfang unbeschränkten Nutzungsrechts nicht aufgestellt worden, vielmehr ging ich überall von der Annahme aus, es müsse im Zweifel vermuthet werden, daß jene Rechte nur in so weit bestehen, erworben worden seyen, als sie mit der natürlichen Bestimmung des Flusses (zur Schifffahrt, Floßfahrt) vereinbar sind, daß dieselben durch die Benützung des Wassers zu den letztgenannten Zwecken ihre „natürliche Beschränkung erleiden." Vergl. die genannte Schrift S. 58. 72. 94. Allerdings hätten hiebei, wie ich schon oben bemerkt habe, die beiden Arten der Schiffbarmachung genauer unterschieden, hätte das Gesagte auf schiff- oder floßbare Flüsse beschränkt, und eine solche Darstellung der Sache vermieden werden sollen, durch welche der Leser zu der Annahme verleitet werden konnte: die Nutzungsrechte der Werkbesitzer haben den Charakter widerruflicher, unter einer resolutiven Bedingung verliehener Befugnisse. Letzterer Vorwurf mag z. B. auf das S. 93. ganz unten Gesagte Anwendung finden, wiewohl das Mißverständniß hier gehoben wird, wenn man das weiter unten (S. 94. unten) Bemerkte vergleicht, wo ausdrücklich von einem von Anfang an beschränkten Rechte die Rede ist.

Maschinenbetrieb andererseits gerade bei den ihrer natürlichen Beschaffenheit nach schiff- oder floßbaren Flüssen das Gewöhnliche ist. Dem Verfasser wenigstens ist kein Fluß bekannt, bei welchem an der Stelle, wo er anfängt floß- oder schiffbar zu werden, seine Benutzung zum Maschinenbetrieb aufhörte, und dieß müßte doch der Fall seyn, wenn das „Trockenlegen der Mühlen" das „Verschwinden" der Wasserwerke bei Einführung der Schifffahrt die Regel bildete. Im Gegentheil sehen wir, daß an allen Flüssen, auf welchen Schiff- oder Floßfahrt betrieben wird, zu gleicher Zeit die Benutzung der Wasserkraft zum Maschinenbetrieb stattfindet, und daß beide sich recht gut mit einander vertragen.

Es ist daher zum wenigsten ganz irrig, wenn man bei Begründung eines Einwurfs von dem Fall, in welchem die Benützung zum Werksbetriebe mit der Schiff- oder Floßfahrt absolut unvereinbar ist, und daher, wie Hofacker sagt, die „Mühlen trocken gelegt werden" oder „verschwinden" müssen, wenn jener (Betrieb) eingeführt werden soll, als von der Regel ausgeht.

Es ist aber ferner auch unlogisch, wenn man es überhaupt als eine Consequenz der oben aufgestellten Theorie in Betreff des Ersatzes darstellt, daß in dem soeben angeführten Falle die Berechtigten (Werksbesitzer) keine Entschädigung anzusprechen haben. Denn es wird ein Leichtes seyn, zu zeigen, daß in diesem seltenen Falle die faktischen und rechtlichen Verhältnisse ganz andere sind, als die, welche bei Begründung jener Theorie ausdrücklich vorausgesetzt werden.

In rechtlicher Beziehung sind wir davon ausgegangen, daß die Nutzungsrechte der Wasserwerksbesitzer keine ausschließlichen Rechte sind, daß sie insbesondere, wo sie an einem schiffbaren Flusse bestehen, den öffentlich-rechtlichen Gebrauch des letzteren als Wasserstraße nicht verhindern dürfen. Dieß hat sich uns theils aus der rechtlichen Natur des schiffbaren Flusses, als einer öffentlichen Sache (im engeren

Sinne), theils aus dem Rechtsgrund jener Nutzungsrechte, der Regalität, ergeben. (Oben §. 8. 68. ff. 90 ff.)

In faktischer Hinsicht haben wir vorausgesetzt, daß beiderlei Wassernutzungen neben einander bestehen können, daß ihr gegenseitiges Verhältniß das der Concurrenz, nicht das der Collision ist, was auch, wie kaum zuvor bemerkt wurde, die Erfahrung bestätigt.

Aus diesen beiden Prämissen haben wir den Schluß gezogen, daß, wo auf einem schiffbaren Flusse in Folge der Einführung der Schifffahrt ein Conflict beider Wassernutzungen entsteht, sie sich zwar gegenseitig beschränken werden, jedoch keine die andere ausschließen kann. (Oben §§. 68 ff. §. 90. ff. 97 ff.)

Wenn man nun aber einen Fall setzt, in welchem die angegebenen Voraussetzungen nicht zutreffen, so ist es klar, daß für denselben auch andere Consequenzen sich ergeben müssen. Kann man aber darum sagen, daß der obige Grundsatz, aus welchem die Theorie von der Entschädigung unmittelbar folgt, zu absurden Consequenzen führe?

Versteht es sich nicht vielmehr von selbst, daß für einen solchen Fall, bei welchem die der aufgestellten Regel zu Grund liegende Voraussetzung nicht zutrifft, auch diese Regel nicht gelten kann? Uud wenn man diesen Fall nach dem Obigen der Erfahrung zu Folge mit Recht als einen seltenen bezeichnen darf, ist man dann nicht auch berechtigt, bei Feststellung der Rechtsgrundsätze in Betreff der Conflicte von dem bei weitem häufigeren Fall, als der Regel, auszugehen, dasjenige Princip an die Spitze zu stellen, welches für die Regel, nicht das, welches für die Ausnahme gilt?

Doch wir wollen die Sache noch näher betrachten!

Es lassen sich zwei Fälle denken, in welchen die obigen Voraussetzungen nicht zutreffen. Entweder trifft nämlich die rechtliche Voraussetzung nicht zu, weil das Recht eines Wasserwerksbesitzers wirklich ein ausschließliches (im strengsten Sinne des Worts) ist, und daß dieser Fall eintreten kann, haben wir oben (§. 94. 95.) gesehen; oder es fehlt

zunächst an der faktischen Voraussetzung, weil die Beschaffenheit des Flusses eine solche ist, welche die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens beider Benützungsarten ausschließt. Dieser Fall, welcher bei Flüssen, die von Natur nicht schiffbar sind, noch weit häufiger eintritt, kann ausnahmsweise auch bei von Natur schiffbaren Flüssen vorkommen (vergl. oben §. 119.) z. B. wenn das Wasserwerk an einer solchen Stelle des Flusses angelegt ist, an welcher bei Einführung der Schifffahrt eine Correction des Flußbettes, eine Canalanlage, Schleußeneinrichtung (etwa wegen einer der Schifffahrt hinderlichen Krümmung des Flusses, wegen örtlicher Seichtigkeit des Bettes, wegen felsigen Grundes und dgl.) nöthig wird, so daß das Wasserwerk in Folge der Einführung der Schifffahrt bleibend ganz oder theilweise „trocken gelegt" werden muß.

In dem ersteren Falle nun ist es von selbst einleuchtend, daß der Grundsatz, nach welchem Nutzungen von Rechtswegen concurriren, nebst der aus ihm abgeleiteten Regel, daß die Einschränkung, welche der Besitzer des Wasserwerks durch die Schiff- oder Floßfahrt erleidet, ihn nicht zu Entschädigungsansprüchen berechtige, keine Anwendung finden könne. (Vergl. oben §. 99. 101.)

In dem anderen Falle aber darf nach diesem Grundsatze deßwegen nicht entschieden werden, weil es sich hier nicht mehr von der Zurückweisung der Nutzung in die ursprüngliche Grenze der regalen Berechtigung, sondern von der gänzlichen oder theilweisen Aufhebung dieser letzteren (der Gerechtigkeit) selbst handelt, weil von einer gemeinschaftlichen Benutzung, einer Concurrenz nicht mehr die Rede seyn kann, wenn das Interesse der Schifffahrt das Aufhören des Werksbetriebs nothwendig macht [346 a]).

---

346 a) Hofacker in der angef. Schrift möchte diesen Fall einer eigentlichen Collision der Nutzungen mit dem der Concurrenz unter einen Gesichtspunkt bringen, indem er die vorübergehende Entziehung eines Theils des zum Werkbetrieb nöthigen Wassers beim Oeffnen der Floßgassen als ein Trockenlegen des Werks darstellt. (S. 19. bei Not. 1.) Es

Dieser Fall kann daher nur nach Analogie der bei der eigentlichen Schiffbarmachung geltenden Grundsätze (oben §. 88.) entschieden werden, welch' letztere hier auch um so mehr Anwendung finden müssen, als es sich nicht sowohl um eine Benützung der vorhandenen Wasserstraße, als vielmehr um Anlegung eines neuen Wasserwegs, d. h. um eine, wenn auch nur partielle Disposition über die Substanz des Flusses handelt [347].

§. 132. Es dürfte nun hinreichend nachgewiesen seyn, daß der Entwurf, wie wir ihn oben (§. 129.) formirt haben, und wie er mit dem Inhalt des §. 32. der Schrift von Hofacker im Wesentlichen übereinstimmt, an drei Hauptge-

---

ist jedoch klar, welch wesentlicher Unterschied zwischen dieser temporären (höchstens einige Stunden andauernden) Beschränkung der vollen Wassernutzung, und einer bleibenden gänzlichen oder theilweisen Entziehung des berechtigten Wasserzuflusses ist, und daß man im ersteren Fall doch gewiß im Ernst von einem Trockenlegen nicht reden kann. Vergl. unten §. 136.

347) Es wurde zwar oben (§. 40.) ausdrücklich bemerkt, daß der Staat vermöge des öffentlichen Eigenthums berechtigt sey, auch eine ihrem Zweck entsprechende Veränderung mit einer öffentlichen Sache unbeschadet ihrer Substanz vorzunehmen, und daß in dem vorliegenden Falle die Substanz des schiffbaren Flusses im Ganzen die gleiche bleibt, wenn dessen Bett an einzelnen Stellen corrigirt wird, kann keinem Zweifel unterliegen. Demungeachtet aber wird eine solche Correktion, wenn auch nicht in Hinblick auf den ganzen Fluß als solchen, in seiner Eigenschaft als Wasserstraße, so doch in Beziehung zu dem Nutznngsrechte des Werksbesitzers, mit welchem die Schifffahrt in Collision kommt, als eine substantielle Veränderung des Rechtsobjects betrachtet werden können, gerade wie die Correction einer Landstraße zwar im Hinblick auf den ganzen Straßenzug keine substantielle Veränderung dieser öffentlichen Sache ist, wohl aber an der Stelle, wo sie vorgenommen wird, als eine Disposition über die Substanz derselben erscheinen, und, wo sie mit Privatrechten in Conflict geräth, Expropriationen veranlassen wird.

Im Uebrigen versteht es sich von selbst, daß das, was im Texte von dem Aufhören des Werksbetriebs, dem Aufheben der Berechtigung gesagt ist, nicht allein von dem gänzlichen Aufhören, der gänzlichen Aufhebung, sondern (auch wo ich solches nicht ausdrücklich bemerkt habe) ebensowohl von theilweisem Aufhören, theilweiser Aufhebung verstanden werden muß, sobald einmal die Entziehung eines Rechts vorliegt.

brechen leidet, indem er nicht nur die Unterscheidung der nicht schiffbaren und der schiffbaren Flüsse, welche hier so wesentlich ist, übersieht, und zugleich von der unbegründeten Annahme einer ursprünglich unbeschränkten, jedoch hinterher widerruflichen Gerechtigkeit ausgeht, sondern indem er auch, das erfahrungsmäßige Verhältniß geradezu umkehrend, die seltenen Fälle einer wirklichen Collision der einzuführenden Schiff- oder Floßfahrt mit der Nutzung zum Werksbetriebe zu der Regel erhebt, und sodann daraus, daß für diese Fälle die angefochtenen, auf wesentlich anderen Voraussetzungen beruhenden, dem gewöhnlichen, (von jenen Ausnahmsfällen wesentlich verschiedenen) Sachverhalte entsprechender Rechtsgrundsätze nicht passen, den Schluß ableiten will, daß deßhalb letztere Grundsätze zu absurden Consequenzen führen.

Wir können daher diesen Einwurf gegenüber von der Theorie, wie sie oben entwickelt und näher modificirt worden ist, nicht für stichhaltig ansehen, so plausibel er auf den ersten Anblick Manchem erscheinen möchte [348]).

Ein zweiter Einwurf hat weniger Schein für sich als dieser erste, und ist nur dann richtig, wenn man von den Grundsätzen der Proprietätstheorie ausgeht. Derselbe gründet sich auf die Natur des Rechts dessen, welcher die Gerechtigkeit verliehen hat.

---

348) Wenn die Grundsätze in Betreff des Schadensersatzes in meiner früheren Schrift vielleicht nicht genau genug modificirt und insbesondere die verschiedenen Fälle, in welchen Conflicte entstehen, nicht gehörig auseinander gehalten worden sind, so mag dieß Veranlassung gegeben haben, mir die Absicht zu unterlegen, als habe ich jenen Grundsätzen eine Ausdehnung geben wollen, bei welcher kein wohlerworbenes Wasserrecht mehr gesichert erscheinen könnte. Ich kann jedoch versichern, daß dieß entfernt nicht meine Absicht war, daß ich vielmehr, indem ich jene Grundsätze aufstellte, immer nur den gewöhnlichen, bei weitem häufigsten Fall im Auge hatte, in welchem eine eigentliche Collision der beiden Benutzungsrechte des fließenden Wassers nicht vorhanden ist.

Wir wollen hier Hofacker sprechen lassen, welcher auch diesen Einwurf hervorgehoben hat:

„Die angeführte Schrift" sagt Hofacker S. 81. „hat die Hauptsache übersehen, nämlich daß das Recht des Verleihenden selbst ein ausschließliches ist, und wenn er es nicht als ausschließliches verleihen würde, dieß gegen die deutsche Natur seines eigenen Rechts wäre, folglich von ihm ausdrücklich bemerkt seyn müßte."

„Die Schifffahrt und die Floßfahrt kann nach deutschem Rechte nicht von jedem Einzelnen in Anspruch genommen werden, wie nach römischem, als aus der Natur der res communis hervorgehend; wenn daher die Regierung eine Wassergerechtigkeit verleiht, welche die künftige Schifffahrt oder Floßfahrt verhindert, so stört sie nicht das Recht Aller oder des Publicums, diese haben keines, sondern sie hindert bloß ihren eigenen Gebrauch: gerade so, wie Derjenige, welcher sein Pferd zum Reiten vermiethet, sich selbst hindert damit zu fahren."

Dieß ist alles ganz richtig, sobald man den Hofackerschen Begriff des Regals und den hieraus abgeleiteten Begriff der ausschließlichen Gerechtigkeiten zu Grund legt [349]. Wird aber von dem richtigen Begriff der Regalität ausgegangen, nnd wird hienach auch der Umfang verliehener regaler Rechte bemessen, so fällt dieser Einwurf in sich selbst zusammen. Denn wir haben oben (§§. 50. 70. 71.) gefunden,

---

349) Cfr. oben §. 50. Not. 126. §. 69. Not. 166. vergl. auch meinen Aufsatz im X. Bd. v. Sarwey's Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg S. 286. ff. wo ich die Consequenzen der beiden Ansichten zu zeigen versucht habe. In der Erwiderung hierauf (ebendas. Bd. XI. S. 132. ff.) hat nun zwar Hofacker auf seiner Ansicht beharrt, aber zugegeben, daß das von mir Gesagte richtig sey, wenn mein Begriff des Mühlregals richtig sey. (S. 137.) Die genaue Bestimmung des letzteren „auf historisch positivem Wege nach Begriff, Umfang und Wirkung," wie sie Hofacker verlangt, (S. 133.) mag er nun aus gegenwärtiger Abhandlung (oben §. 62. ff.) entnehmen.

daß das Recht des Verleihenden kein ausschließliches in dem von Hofacker angenommenen Sinne ist, und wenn wir daher auch davon absehen, daß, wie gleichfalls gezeigt wurde (oben §. 81. ff.), die Schiff- und Floßfahrt in Deutschland dem freien Gebrauche nicht in dem Grade entzogen ist, wie Hofacker meint, so kann doch aus der Verleihung einer Wassergerechtigkeit kein Verzicht auf jeden andern Gebrauch der verliehenen Wassermasse gefolgert werden, wie aus der Vermiethung einer eigenthümlichen Sache der Verzicht des Eigenthümers auf den Gebrauch derselben folgt. Vielmehr ist das verliehene Nutzungsrecht vermöge der öffentlichen Natur des Flusses, d. h. weil es kein Ausfluß des Eigenthums des letzteren seyn kann, von Anfang an, durch alle übrigen Nutzungsrechte, seyen letztere nun im allgemeinen freien Gebrauche, oder, als regale Rechte, gleichfalls im Besitz des Berechtigten, welcher jenes Recht verliehen hat, in so weit beschränkt, als beiderlei Rechte irgendwie neben einander bestehen können. Wo daher neben dem Mühlregal z. B. ein Floßregal besteht, enthält die Verleihung einer Mühlengerechtigkeit nicht von selbst auch einen Verzicht auf das Floßregal. Vielmehr ist die verliehene Gerechtigkeit von Anfang an in ihrem Umfang als durch letzteres Recht des Verleihenden, welches auf einem anderen Grunde beruht, als das Verliehene (denn jedes regale Wasserrecht hat seinen speciellen Rechtsgrund) beschränkt anzusehen [350].

Es ist überflüssig, dieß noch weiter auszuführen, denn der geneigte Leser wird sich selbst aus der ganzen Ausführung des allgemeinen Theils in Betreff der Folgen des Staatseigenthums und der Regalität abnehmen können, wie dieser Einwurf nur unter ganz irrigen Voraussetzungen für begründet erkannt werden kann, und alle seine Schneide verliert, sobald man die rechtlichen Verhältnisse in ihrem wahren Lichte betrachtet und sich von allen und jeden, der Eigen-

---

350) Vergl. meinen oben angeführten Aufsatz in Sarwey's Monatschrift S. 301. 302.

thumstheorie anklebenden und aus ihr bis in die neuste Zeit vererbten Irrthümern losgesagt hat.

§. 134. Ganz das Gleiche gilt endlich von einem dritten Einwurf, welcher auf denselben Grundprincipien beruht, wie der zweite, mit dem alleinigen Unterschiede, daß dieser von dem Recht des Verleihenden, jener unmitbar von dem Recht des Beliehenen an das Wasser, insbesondere seiner Priorität, ausgeht. Weil nämlich, wird argumentirt, die verliehenen Wasserrechte an einem öffentlichen Flusse ihrer deutschen Natur nach ausschließliche Rechte sind, folglich den gemeinen Gebrauch verhindern (unmöglich machen), weil ferner da, wo die Wassergerechtigkeiten zu einer Zeit erworben wurden, zu welcher ein solcher gemeiner Gebrauch noch gar nicht existirt hat (und dieß muß da der Fall seyn, wo die Schiff- und Floßfahrt auf einem Flusse erst eingeführt wird und hiedurch die Conflicte entstehen), dieser letztere Gebrauch auf das erworbene Recht keinen Einfluß haben, dessen Umfang nicht nach seinen Zwecken (sc. den Zwecken der Schiff- und Floßfahrt) bestimmen und begränzen konnte; so darf man auch nicht davon ausgehen, daß beide Rechte (das Mühlen- und das Schifffahrtsrecht) neben einander bestehen, und in ihrer Ausübung concurriren, vielmehr ist das letztere als gar nicht vorhanden anzunehmen, und daher kann vorhinweg von einem Conflict nicht die Rede seyn [351]).

Hiegegen ist neben dem unmittelbar vorher Ausgeführten nur kurz zu bemerken: da die regalen Wasserrechte keine in der Art ausschließlichen sind, daß sie den gemeinen Gebrauch verhindern, d. h. unmöglich machen, da vielmehr eine solche Ausschließlichkeit gerade gegen die deutsche Natur regaler Wasserrechte ist, wie wir oben zur Genüge nachgewiesen haben, weil es ferner nicht darauf ankommt, ob der Gebrauch zur Schiff- und Floßfahrt zur Zeit der Erwerbung der Ge-

351) Cfr. Hofacker a. a. O. S. 81. 82. 85. unten. S. auch S. 20.

rechtigkeiten faktisch bestanden hat, oder nicht, indem das Recht zu diesem Gebrauch nicht erst erworben werden muß, vielmehr eine natürliche Folge der Beschaffenheit des öffentlichen Flusses, (als eines schiffbaren), und des öffentlichen Eigenthums ist, auch durch den Nichtgebrauch nicht verloren gehen kann[352]), wie das Alles oben eines Breiteren ausgeführt wurde[353]); so kann von der Ausschließlichkeit jener Wasserrechte und von dem bisher nicht gemachten Gebrauch des Flusses zur Schiff- oder Floßfahrt auch kein Schluß zu Gunsten der Behauptung abgeleitet werden: daß ein Recht zu diesem Gebrauch nicht vorhanden sey, und daher auch ein wirklicher Conflict nicht existire.

Dritter Abschnitt.

Von den Conflicten mit den Wasserwerken aus Veranlassung des Betriebs der Schiff- und Floßfahrt und den Ersatzansprüchen der Besitzer der erstern.

Erstes Kapitel.

Beschädigung der Wasserwerke und Störung des Betriebs derselben durch Schiff- und Floßfahrt.

Ersatzanspruch der Maschinenberechtigten.

§. 135. Wir haben bei der bisherigen Erörterung zu zeigen versucht, welches die ursprüngliche Stellung der beiderseitigen Wasserbenutzungsrechte, deren Conflict den Gegen-

---

352) Denn wenn das öffentliche Eigenthum durch Nichtgebrauch verloren gehen könnte, so würde ja seine öffentlich rechtliche Eigenschaft vom Gebrauch abhängig gemacht werden. Cfr. Cons. Argent. Vol. II. Cons. 62. S. 122—145. (apud Fritsch. Jus fluv. II. p. 133. 144.) Andr. Rauchbar. Pars I. quaest. 23. (ibid. pag. 147.) Vergl. auch oben §. 103. ff. und L. 2. D. De via publ. (43. 11.) Viam publicam populus non utendo amittere non potest.

353) Cfr. oben §§. 46. 47. 50—68. ff.

stand unserer Untersuchung bildet, gegen einander gewesen ist, bevor dieselben in der Ausübung concurrirt haben, indem wir das Verhältniß festzustellen bemüht waren, in welches die Schiff- und Floßfahrt auf einem schiffbaren Flusse gleich bei ihrer Einführung zu den bereits bestehenden Nutzungsrechten (des Maschinenbetriebs) von Rechtswegen eintreten mußte. Diesen Weg einzuschlagen waren wir nicht nur durch logische Gesetze, sondern auch durch den natürlichen geschichtlichen Hergang der Sache angewiesen. Insbesondere mußte uns die bereits oben angedeutete, unten noch näher zu berührende Thatsache, daß nämlich die Wasserbenützung zum Maschinenbetriebe in Deutschland meist älter ist, als Schiff- und Floßfahrt, veranlassen, diese Voraussetzung zu Grund zu legen, nicht aber von der entgegengesetzten Annahme, daß Schiff- und Floßfahrt zuerst auf den Flüssen eingeführt worden, und erst nachher deren Benützung zum Maschinenbetriebe aufgekommen sey, auszugehen. Es war aber auch weit wichtiger, das Rechtsverhältniß unter der ersteren Voraussetzung zur Erörterung zu bringen, weil hiemit dasselbe zugleich auch für alle anderen Fälle festgestellt war, was bei dem umgekehrten Verfahren nicht der Fall gewesen wäre. Denn es ist einleuchtend, daß das, was zu Gunsten der Schiff- und Floßfahrt auch da zugestanden werden muß, wo die andere Wasserbenutzungsart bereits vor deren Einführung bestanden hat, in dem Falle noch in weit höherem Maße einzuräumen ist, wenn im Gegentheil jene Benutzungsart erst nach der Schifffahrt in Gebrauch gekommen war, während umgekehrt diejenigen Grundsätze, welche unter letzterer Voraussetzung Anerkennung finden würden, für die erstere Annahme deßhalb noch keine Gültigkeit ansprechen könnten.

Auf die festgestellten Principien werden wir jetzt um so leichter die weiteren Grundsätze bauen können, welche in Beziehung auf die Conflicte zwischen dem Schifffahrts- und Floßbetrieb und der Wasserbenutzung von Seiten der Maschinenberechtigten (Werkbesitzer) Ziel und Maß geben sollen.

§. 136. Wenn von Conflicten beim Betriebe der auf einem schiffbaren Flusse eingeführten Schiff- und Floßfahrt mit der Wasserbenutzung der Mühlen- und anderer Wasserwerksbesitzer die Rede ist, so müssen vor Allem zwei Veranlassungen unterschieden werden, welche den letzteren wirklichen oder vermeintlichen Grund zu Beschwerden über Eingriffe in ihre Rechte, sowie zu Ansprüchen auf Entschädigung geben können. Entweder nämlich werden durch den Betrieb der Schifffahrt, insbesondere aber der Floßfahrt a) die Werke und Wassergebäude, z. B. Mühlwehre, dieser Berechtigten beschädigt, oder wird b) der Betrieb der Wasserwerke in Folge der Benützung des Flusses zur Schiff- oder Floßfahrt vorübergehend gehemmt und gestört [354]).

Worin die Beschädigungen ad a. bestehen, wird keiner speziellen Erläuterung bedürfen. Hinsichtlich der Störungen ad b. aber habe ich unter Bezugnahme auf das oben (§. 100.) kurz Bemerkte noch Folgendes beizufügen.

Wie wir oben (§. 70.) gesehen haben, erfordert die Benützung des fließenden Wassers zum Mühlenbetriebe gewisse Vorrichtungen, um das Wasser zu schwellen, und an die Mühlräder zu leiten. Zu diesem Behufe dient insbesondere der Mühldamm, das Wehr. Wenn nun durch solche Wasseranlagen, namentlich durch Mühldämme, die Wasserstraße für Schiff- und Floßfahrt gesperrt wird, so müssen, wo letztere neben der Wasserbenutzung zum Mühlenbetriebe ausgeübt wird, Vorrichtungen getroffen werden, damit die Schiffe oder Flöße in ihrem Laufe nicht aufgehalten werden.

Zu diesem Behufe werden insbesondere da, wo der Mühlgraben selbst nicht als Schifffahrts- oder Floßkanal ge-

---

354) Man vergleiche hierüber: v. Rohr, Haushaltungsrecht. Buch VIII. Cap. IV. §. 7. S. 1232. §. 8. S. 1233. Moser, von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers. Cap. 21. §. 4. v. Cancrin. Wasserrecht II. Bd. VI. Abh. 1. Cap. §. 13. auch Fritsch, jus grutiae. Cap. V. Sect. 1. Nr. 2.

braucht werden kann [355]), oder eigene Floß- oder Schifffahrts-kanäle nicht angelegt sind, Oeffnungen in den Mühlwehren mit beweglichen Fallen oder Wasserthoren (in der Form von einfachen Floßgassen, oder von Schleußen) eingerichtet [356]), durch welche die Schiffe oder Flöße passiren. Eine natürliche Folge hievon ist, daß, während dieß geschieht, den Wasserwerken das zum Betriebe nöthige Wasser (Aufschlagewasser) ganz oder theilweise entzogen, oder aber durch das nothwendige Schwellen des Wassers, sog. Hinterwasser, namentlich wo Schleußen bestehen, die Bewegung der Räder gehemmt wird. Wird nämlich die Falle oder das Thor der Floßgasse oder der Schleuße zum Zweck des Durchlassens des Schiffes oder Floßes geöffnet, so fließt nicht nur dasjenige Wasser, welches außerdem in den Mühlgraben sich ergossen haben würde, nun durch erstere ab, sondern es muß häufig auch, wenn die Wassermenge nicht groß ist, der letztere zugestellt werden, wodurch der Betrieb des Werks gehemmt wird, bis das Schiff oder der Floß vorbeipassirt ist. Nachdem dieß aber geschehen, wird der Wasserabfluß des zunächst unten gelegenen Mühlwehres (durch Zustellen des Mühlkanals) in so lange gehemmt (geschwellt), bis der Floß oder das Schiff vor diesem (dem unteren) Wehre angelangt ist, hiedurch dem oberen Mühlbesitzer das Wasser „unter die Räder geschwellt" und durch dieses „Hinterwasser" sein Maschinenbetrieb abermals gestört [357]). Letzteres wird jedoch hauptsächlich nur dann der Fall seyn, wenn überhaupt wenig Wasser vorhanden ist, und daher bei von Natur schiff- oder floßbaren Gewässern, selten vorkommen.

Daß nun durch diese Wasserentziehung und die hiedurch

355) Vergl. oben §. 97. 98. §. 100.

356) Ueber diese Vorrichtungen vergl. v. Cancrin, Wasserrecht, 2. Thl. IV. Abh. I. Cap. §. 7. S. 100—101. IX. Abh. I. Cap. §. 3. S. 236. Auch Jägerschmid, Handb. für Holztransport und Floßwesen, Carlsruhe 1828. II. Bd. S. 83—87. 105—107.

357) Cancrin, Wasserrecht. II. Bd. VI. Abh. I. Cap. §. 8. S. 100—101.

veranlaßten Betriebsstörungen den Wasserwerken Nachtheile zugehen, welche mehr oder minder bedeutend sind, je nach der Art des Werks, der vom Wasser betriebenen Maschine, läßt sich leicht einsehen [258]).

358) Ueber die Art der Berechnung solchen Schadens und das Verfahren hiebei zu vergleichen: Jägerschmid, Handbuch für Holztransport ꝛc. II. S. 506. 507. — Hofacker a. a. O. insbesondere S. 19. unten vergl. mit S. 82. möchte den Fall der Störung des Werksbetriebs durch Oeffnen der Wassergassen gerne ganz so betrachtet wissen, wie den der völligen (dauernden) Wasserentziehung, welche z. B. bei Canalanlagen und dgl. vorkommt, und oben (§. 131.) erwähnt wurde. Er bemüht sich daher, den Unterschied zu verwischen, indem er für ersteren Fall Ausdrücke, wie „Trockenlegen eines Werks" gebraucht, welche offenbar nur auf letzteren Fall passen. Allein so wenig irgend ein Sachverständiger vom Trockenlegen einer Mühle sprechen wird, wenn derselben beim Durchpassiren eines Floßes eine halbe Stunde das Aufschlagewasser entzogen wurde, ebensowenig wird ein Rechtskundiger bei reiflicher Prüfung des Sachverhalts der Hofacker'schen Meinung beipflichten. Der Verfasser hat mehrfach das Beispiel eines zum Reiten vermietheten Pferdes gewählt, (S. 47. 81.) um es augenfällig zu machen, daß die Unzulässigkeit eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des Mühlwassers in der Natur der Sache liegen. Es läßt sich jedoch leicht zeigen, daß dieses Beispiel bei genauerer Betrachtung nicht einmal in Beziehung auf das Rechtsverhältniß zwischen Vermiether und Miether den gewünschten Beweis liefert. Es wird nämlich von Hofacker ignorirt, daß es nicht nur einen gleichzeitigen (dem Raum nach getheilten) sondern auch einen abwechselnden (der Zeit nach getheilten) gemeinschaftlichen Gebrauch gibt. Wenn ich dem A mein Pferd für heute zum Reiten vermiethe, so hindre ich mich dadurch zwar heute damit zu fahren, nicht aber es morgen zu diesem Zweck zu gebrauchen. Ebensowenig hindere ich mich an dem Wassergebrauch zum Flößen, wenn ich mein Floßwasser zwar dem A zum Mühlbetrieb verliehen, für mich aber den Gebrauch zum Flößen behalten habe. Zwar kann ich nicht zu gleicher Zeit mit demselben Pferd fahren, auf welchem er reitet, mit demselben Wasser flößen, mit welchem er mahlt; aber ich kann heute fahren, er morgen reiten, ich kann zu dieser oder jener Stunde flößen, er in der ganzen übrigen Zeit mahlen. Wenn er mir nun von Rechtswegen sein Mahlwasser auf den Durchlaß laufen lassen muß, damit mein Floß passiren kann, und während dieser Zeit ganz oder theilweise am Mahlen gehindert ist; so kann man ebensowenig sagen, die Mühle sey ihm trocken gelegt, als man deßhalb, weil er das Wasser in der ganzen übrigen Zeit ausschließlich

§. 137. Abgesehen von der Veranlassung der Conflicte beim Betriebe der Schiff- und Floßfahrt, lassen sich aber auch in rechtlicher Beziehung wieder zweierlei Fälle unterscheiden. Entweder war nämlich die Beschädigung oder die Störung eine vermeidliche, durch Nachlässigkeit, Säumigkeit, oder mit der Absicht zu schaden, verursachte, und daher eine widerrechtliche. Oder dieselbe war eine unvermeidliche, d. h. eine rein zufällige, auch bei gehöriger Sorgfalt von Seiten des Beschädigenden nicht zu verhindernde.

Daß der Beschädigte in dem ersteren Falle unter allen Umständen Ersatz anzusprechen befugt seyn muß, ist von selbst klar. Dem oben aufgestellten Princip zu Folge sind die Rechte der Wasserwerksbesitzer nur in so weit durch den Gebrauch der Wasserstraße zur Schiff- und Floßfahrt beschränkt und begränzt zu betrachten, als erforderlich ist, damit letzterer neben dem Betrieb der ersteren bestehen könne. Hieraus geht mit Nothwendigkeit hervor, nicht nur, daß jene die Schiff- und Floßfahrt möglichst wenig beschränken dürfen, sondern auch daß diese auf eine Art auszuüben ist, durch welche den Wasserberechtigten kein irgend zu vermeidender Schaden oder

---

zu seinem Bedarfe benützt, behaupten kann, ich habe mich des Gebrauchs desselben als Floßwasser begeben. Zwar höre ich schon den Einwand: daß mein Satz nichts sey, als was die Logiker einen circulus in demonstrando nennen. (S. 61.) Denn darum handle es sich ja gerade, daß der Staat sein Recht an das Wasser bei Verleihung der Wasserkraft gänzlich vergeben habe, und deßhalb könne eine alternative Mitbenutzung sich nicht von selbst verstehen. (S. 47. Not. 1.) Ich habe jedoch hierauf einfach zu erwidern: daß ich diese Frage: ob und in wie weit durch Vergebung einer Wasserkraft an einem öffentlichen schiffbaren Flusse das Recht des Staats an den letzteren und dessen Gebrauch als Wasserstraße veräußert werden könne, oben in extenso beantwortet zu haben glaube, und hier nur zeigen wollte, daß ein gemeinschaftlicher Gebrauch beider Rechte deßhalb de facto nicht ausgeschlossen ist, weil man nicht zu gleicher Zeit dieselben ausüben kann, und daß man daher nicht von einem Trockenlegen der Mühlen sprechen darf, wenn dieselben beim Durchlassen eines Schiffs oder Floßes kurze Zeit stillstehen.

Nachtheil zugefügt wird. Jeder durch rechtswidrige Absicht verursachte oder auch nur durch Fahrlässigkeit herbeigeführte Schaden ist daher als eine Ueberschreitung der nach obigem Princip für die Ausübung des Rechts der Schiff- und Floßfahrt gegebenen Grenze, somit als eine Rechtsverletzung zu betrachten, und muß einen Anspruch auf Entschädigung begründen. Dieß ist auch, so viel bekannt, in allen Partikularrechten und speziellen Gesetzen, z. B. den Wasser-, Mühl-, Floßordnungen, in welchen die fraglichen Conflicte sich erwähnt finden, anerkannt [359]).

§. 138. Was dagegen den zweiten Fall betrifft, in welchem die Beschädigung weder in einer widerrechtlichen Absicht, noch einer Nachlässigkeit oder Sorglosigkeit des Beschädigenden ihren Grund hat, vielmehr lediglich als eine nicht zu vermeidende Folge der Concurrenz des Betriebs der Schiff- oder Floßfahrt mit dem Betriebe des Wasserwerks angesehen werden muß, so wird man nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unterscheiden müssen, ob

1) die Rechte der Wasserwerksbesitzer zu einer Zeit erworben wurden, zu welcher die Schiff- und Floßfahrt bereits im Gebrauche war, oder ob

2) umgekehrt letztere erst begonnen hat, nachdem die Wasserwerke schon im Betriebe waren. In diesem letzteren Falle wird es sich sodann fragen, ob

a) der Fluß von Natur nicht schiff- oder floßbar war, und erst durch künstliche Mittel zu diesem Zwecke tauglich gemacht werden mußte, oder ob derselbe

b) vermöge seiner natürlichen Beschaffenheit die Eigenschaft eines schiffbaren Stromes hatte.

359) Mittermaier, Privatrecht. §. 230. III. Vergleiche ferner z. B. den oben Note 201. angeführten Vertrag über die Neckarflößerei v. 20. September 1740. Art. 38. Erneuerte churpfälzische Floßordnung v. 2. Jan. 1791. 12. Abs. bei Moser, Forstarchiv 9. Bd. S. 349. Künziger Floßreceß dd. 22. Oct. 1764 §. 17. ebend. 12. Bd. S. 224. Neckarschifffahrts-Ordnung v. J. 1842—43. Art. 61. Floßreceß zwischen Oesterreich und Württemberg v. 1740. Art. 26. 28. 29. Real-Ind. der Württ. Forst-Ordn. S. 144—147.

Zu 1. versteht es sich wohl von selbst, daß die Erwerbung der Wasserkräfte sich nicht weiter erstrecken konnte, als dieß die bereits bestehenden Rechte der Schiff- und Floßfahrt zuließen, daß daher erstere (die Wasserkräfte) durch den Schifffahrts- und Floßbetrieb von Anfang an beschränkt erscheinen müssen, somit die Nachtheile, welche den Wasserwerksberechtigten durch letzteren (unvermeidlich) zugefügt werden, nicht als Rechtsverletzungen betrachtet werden dürfen. Selbst von dem Standpunkt der Eigenthums-Theorie muß in diesem Falle so viel zugegeben werden, daß dieser Grundsatz wenigstens im Zweifelsfalle Gültigkeit hat. Denn wenn der Eigenthümer des Flusses (die Staatsgewalt) an solchem eine Wasserkraft auf einen Einzelnen überträgt, während bereits die Schiff- oder Floßfahrt auf dem Strome betrieben wird, so konnte er (nach jener Theorie) entweder überhaupt nicht mehr über das Wasser, insoweit es zur Schiff- oder Floßfahrt erforderlich ist, disponiren (sc. weil er solches zu diesem Gebrauche einem Anderen abgetreten hatte), ohne ein wohlerworbenes Recht zu verletzen, oder er konnte zwar noch disponiren (nämlich wenn bisher er selbst die Schiff- oder Floßfahrt ausgeübt hatte), ohne in das Recht eines Anderen einzugreifen, es streitet aber die Vermuthung dagegen, daß er auf sein eigenes Recht verzichtet habe, wenn dieß nicht ausdrücklich geschehen ist, oder nach den vorliegenden Verhältnissen, nach welchen beide Rechte neben einander nicht ausgeübt werden können (z. B. wegen der örtlichen Beschaffenheit des Flusses, oder wegen der dem verliehenen Wasserrechte vertragsmäßig gegebenen Ausdehnung, welche an sich schon die Schiff- und Floßfahrt auf dem Flusse verhindert) sich nothwendig von selbst versteht.

§. 139. Zu 2 a. Wenn auf einem Flusse, welcher ursprünglich nicht schiffbar war, die Schifffahrt auf künstlichem Wege eingeführt worden ist, und nun mit Wasserwerken, welche früher schon bestanden hatten, in Conflict geräth, so wird man bei der Entscheidung hierüber wiederum darauf zurückgehen müssen, wie sich das Rechtsverhältniß bei der

Einführung der Schiff- und Floßfahrt, d. h. bei der Schiffbarmachung des Flusses gestaltet hat. Daß in diesem Falle die Beschränkung der Wasserrechte zu letzterem Zwecke nur im Wege des Expropriation erfolgen konnte, haben wir oben (§. 87. ff.) gesehen, und es wird sich daher nur fragen, auf welche Weise hiebei die Entschädigung des Wasserberechtigten bestimmt wurde. Wenn nämlich demselben z. B. ein für allemal, für alle gegenwärtig und zukünftig durch die Schifffahrtseinrichtung zugehenden Nachtheile eine Aversalentschädigung gereicht worden ist, so muß er sich natürlich auch die ihm durch den Betrieb der Schifffahrt unvermeidlich zugehenden Beschädigungen gefallen lassen, und kann hiefür in der Folge keine weiteren Ersatzansprüche mehr geltend machen. War dieß dagegen nicht der Fall, so wurde entweder der eintretenden Falls künftig zu leistende Ersatz für derlei Beschädigungen vertragsmäßig zum Voraus festgesetzt, wo dann die Ansprüche hienach zu ermäßigen sind, oder es wurden nur im Allgemeinen dem Werksbesitzer seine Ersatzansprüche für solche Fälle vorbehalten, unter welcher Voraussetzung die Festsetzung des zu leistenden Ersatzes der jedesmaligen Vereinbarung, oder, wenn beide Theile sich nicht sollten einigen können, der richterlichen Entscheidung überlassen bleiben muß.

Zu B. Ist dagegen der Fluß, auf welchem die Schiff- oder Floßfahrt eingeführt wurde, als bereits Wasserwerksgerechtigkeiten an demselben bestanden hatten, ein seiner natürlichen Beschaffenheit nach schiff- oder floßbarer Fluß; so ergibt sich die Entscheidung der Conflicte beim gemeinschaftlichen Betriebe beider Wassernutzungen in Gemäßheit des Princips von selbst, welches sich uns als das entscheidende für die Feststellung des gegenseitigen Verhältnisses bei der erstmaligen Einführung der Schiff- und Floßfahrt nach dem Obigen gezeigt hat. Denn, wie wir oben anerkennen mußten, werden sowohl nach der Natur des schiffbaren Flusses, einer öffentlichen Sache (im strengen Sinne), als nach den in Betreff der regalen Berechtigungen an solchen Sachen geltenden Grundsätzen, jene Wasserwerksgerechtigkeiten nur in dem Um-

fange erworben, welchen der gleichzeitige Gebrauch des Flusses als Wasserstraße zur Schiff- und Floßfahrt zuläßt. Es dürfen daher auch die Nachtheile, welche der Wasserwerksberechtigte durch den Betrieb der Schiff- und Floßfahrt erleidet, insbesondere die unverschuldeten Beschädigungen oder Störungen seiner Wasserwerke, nur als natürliche Folgen der ursprünglichen Beschränkung seines Rechts, nicht aber als Eingriffe in seine unbeschränkte Gerechtigkeit betrachtet werden. Nach diesem Principe ist es daher gleichgültig, ob die Schiff- und Floßfahrt vor oder nach Errichtung der Wasserwerke eingeführt worden ist, wenn nur der Fluß von Anfang an die Eigenschaft eines schiffbaren gehabt hatte. Anders freilich nach dem Princip derjenigen, welche das Eigenthum der öffentlichen Flüsse als ein privatives Dispositionsrecht nach Art des Privateigenthums betrachten, und daher auch die Verleihung der Wassergerechtigkeiten an Einzelne als eine Vergebung des betreffenden Theils des Wasserstroms, als eine Entäußerung aller Befugnisse über denselben, ansehen müssen. Nach diesem Principe könnte auch in dem Falle ad b. die Schiff- und Floßfahrt, sofern sie die (unbeschränkt erworbenen) Wassernutzungsrechte der Werksbesitzer irgend beeinträchtigt, nur im Wege der Expropriation eingeführt werden, und für Schlichtung der Conflicte, welche durch Beschädigungen oder Störungen der Werke aus Veranlassung des Betriebs der Schiff- und Floßfahrt entstehen, müßten daher lediglich die oben (zu a.) angedeuteten Grundsätze maßgebend seyn.

Zweites Kapitel.

Ansichten der Schriftsteller.

§. 140. Freilich wird man diese Unterscheidungen ebensowenig in den particularrechtlichen Gesetzen, den Wasser-, Mühl-, Floß- u. s. w. Ordnungen, als bei den Schrift-

stellern berücksichtigt finden. Denn in den ersteren herrschen die politischen und staatswirthschaftlichen Motive, oft auch (nach der Zeitperiode, aus welcher sie sich herschreiben) irrige Rechtsbegriffe vor, und die letztern haben, wie wir mehrfach zu bemerken Gelegenheit hatten, theils der Lehre vom Wasserrechte bis jetzt zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt, um die Rechtsfragen im Einzelnen genau zu beantworten, theils die Irrthümer der älteren Schule noch nicht gänzlich abgelegt, und die neueren Begriffe von den öffentlichen Flüssen und den regalen Wasserrechten an denselben in ihren Consequenzen noch nicht hinreichend erfaßt und durchgeführt. Es bleibt daher auf diesem Felde sowohl der Gesetzgebung, als der Wissenschaft noch manches zu thun übrig.

Was die particularrechtlichen Gesetzgebungen betrifft, so haben dieselben überdieß häufig nur die Scheiterflößerei im Auge, bei welcher andere Verhältnisse obwalten, als bei der Schiff- und Floßfahrt [360]). Dem oben Ausgeführten entsprechende Bestimmungen habe ich demungeachtet insbesondere in zwei Floßordnungen angetroffen, nämlich in dem (Not. 359.) bereits angeführten Kinziger Floßreceß v. 1764. und in dem Vertrag über die Neckarflößerei (zwischen Oesterreich, Württemberg und Eßlingen (cfr. oben S. 80.) vom Jahr 1740. Letzterer enthält (Art. 38.) folgende Bestimmung:

„Welcher auch über diese obgemeldete Ordnung (de anno 1590.) sich so fahrläßig erzeigen würde, dadurch kundbar und offenbar, daß an Brücken, Wegen, Stegen und Gütern auch den Wasserwuhren Schaden begegnete, soll ein jeder, der denselbigen verursacht, solchen nach billigen Dingen oder auf Weigern auf richterlich Erkenntniß abzulegen schuldig und verbunden seyn."

---

360) So z. B. die oben Note 359. Churpfälz. Floßordn. v. 1791. Abs. 12. Der Württ. Floßreceß v. 24. Mai 1747. Punkt 6. 7. Vergl. Maurenbrecher, Privatrecht. §. 295. Not. 8. S. 632.

Ersterer besagt (§. 17.)

„Wann durch das Langholzflößen oder occasione desselben an Wassergebäuden, Ufern und Gütern ein Schade und darüber zwischen denen Eigenthümern derselben und denen Schiffern oder Flößern Streitigkeiten entstehen, so hat diejenige Obrigkeit, in deren Territorium der Schaden verübt worden, darüber zu cognosciren und folglich der Beklagte sich deren Ausspruch zu unterwerfen, wiewohlen keinem Schiffer oder Flözer zugemuthet werden wird, vor einen ohngefähren Zufall, wodurch an Wassergebäuden oder Gütern Schaden geschiehet, zu stehen, es wäre dann Sache, daß ihm eine unverantwortliche Fahrläßigkeit erweislichermaßen zur Last gelegt werden könnte.“

§. 141. Die älteren Schriftsteller, welche wir großentheils schon oben (§. 125. ff.) angeführt haben, berufen sich theils auf mißverstandene, nicht hieher gehörige Rechtsregeln, oder auf ganz unjuristische Gründe, welche ihnen von einem gewissen unklaren und nicht motivirten Billigkeitsgefühl eingegeben wurden. Hieher gehört als erster der alte Fritsch, in seinem Tractat vom Floßrechte [361])

---

361) Fritsch, de jure Grutiae. Cap. III. Nr. 15. V. Sect. I. Nr. 9. 10. 14. An letzterer Stelle insbesondere ruft unser Autor, nachdem er zuerst die Frage aufgeworfen hat: an princeps vel superior in flumine sui territorii hoc jure des Flößens utens, damnum subditis suis per illud illatum resarcire debeat? mit großem Pathos aus: „Aulicopoliticus intrepide hoc fortean negaret. Hujus namque farinae homines corruptissimo hoc seculo, subditorum vel nullam, vel admodum exiguam rationem habentes, principes suos ex plenitudine potestatis, fere dixerim tempestatis vel tyrannidis omnia posse, vel principis omnia esse publice effutire non erubescunt.“ und weiter unten (Nro. 15.) sagt er: „Et sane principem damna subditis suis inde illata resarcire nolentem graviter peccare, nec officio boni ac Christiani principis fungi dixerim.“ Vergl. Hofacker a. a. O. S. 54. 55. u. 82.

und ihm sprechen sodann andere, wie z. B. v. Rohr [362]) und von Cancrin [363]) nach, theils erklären sie sich einfach für die Entschädigungsverbindlichkeit der Flößenden oder der Staatsbehörden, welche die Floßeinrichtung getroffen haben, ohne diese ihre Ansicht näher zu begründen. Hieher gehören die betreffenden Stellen bei Moser [364]) und Fischer [365]). An eine Unterscheidung der oben angeführten verschiedenen Verhältnisse, eine Berücksichtigung der Fragen: ob der Fluß von Natur schiffbar ist, oder erst durch Kunst schiffbar gemacht werden mußte? ob die Wasserwerke vor Einführung der Schiff- oder Floßfahrt errichtet worden sind, oder erst nachher? ob der Schade durch Muthwillen oder Nachläßigkeit der Flößenden oder Schiffenden, oder ob derselbe durch unvermeidlichen Zufall entstanden ist? — hat ohnehin keiner der obigen Schriftsteller gedacht, und höchstens wurde die zuletzt angeführte Unterscheidung insoweit berücksichtigt, daß in ersterem Falle (sc. der Beschädigung durch Muthwillen oder Nachläßigkeit,) die Flößenden, in letzterem aber die Staatsbehörden, welche die Floßstraße eingerichtet haben, für ersatzpflichtig erklärt wurden [366]).

Unter den neueren Germanisten ist Mittermaier*) der Einzige, welcher eine befriedigende Antwort über diese Fragen gibt, indem er, wie wir oben (§. 127.) gesehen haben, nur bei Beschädigungen, welche durch böswillige oder fahrläßige Vernachläßigungen der den Flößern bei Ausübung der Flößerei obliegenden Pflichten verursacht

---

362) v. Rohr, Haushaltungsrecht Buch VIII. Cap. 4. §. 2. 5. 8. S. 1228. 1230. 1233.

363) v. Cancrin, Wasserrecht II. Bd. VI. Abhandl. II. Cap. §. 26. 36. 43.

364) Moser, von der Landeshoheit ꝛc. Cap. 21. §. 4. S. 235.

365) Fischer, Cameral- und Polizei-Recht III. Bd. VIII. Cap. §. 224. S. 115.

266) Moser. a. o. Not. 363. a. O. *) Mittermaier Grundſ. des Priv.-R. §. 230. III.

werden, einen Ersatzanspruch statuirte. Die betreffende Stelle von Maurenbrecher haben wir bereits oben (§. 127.) kennen gelernt, und gefunden, das dieser Autor höchst wahrscheinlich nur von der Flößerei mit unverbundenen Hölzern auf Privatflüssen spricht. In keinem Falle ist hieraus ein motivirtes Rechtsprincip in Betreff unserer Frage zu entnehmen. Eichhorn bemerkt[367]: das Flößen mit unverbundenem Holze (jus grutiae) könne auf öffentlichen Flüssen nie anders als vermöge einer landesherrlichen Concession ausgeübt werden, die sich unter Voraussetzung der Entschädigung der Betheiligten aus den nämlichen Gründen rechtfertige, wie das Schiffbarmachen der Flüsse; er hat daher weder die Schiff- noch die Floßfahrt mit verbundenem Holze im Auge, auch spricht er nicht von den Conflicten bei dem Betrieb der Flößerei, sondern bemerkt nur, daß da, wo auf einem öffentlichen Flusse die Scheiterflößerei (oder Wildflößerei) betrieben werden wolle, zuvor die Concession der Staatsbehörde eingeholt, und hinsichtlich der Entschädigung der Betheiligten das Gleiche beobachtet werden müsse, wie beim Schiffbarmachen der Flüsse. Auch bei diesem Schriftsteller suchen wir daher vergebens eine Antwort auf obige Fragen. Zwar könnte noch die oben (§. 111.) näher betrachtete Stelle aus von Bülow und Hagemanns praktischen Erörterungen[368]) theilweise hieher bezogen werden. Allein wie wenig diese Stelle überhaupt zu Aufklärung der Frage von den Conflicten zwischen der Schiff- und Floßfahrt und der Wasserbenutzung zum Mühlenbetriebe beiträgt, glaube ich oben (§. 112.) hinreichend gezeigt zu haben, und wenn man daher diese Stelle hieher beziehen will, so kann man sie nur mit den oben zuerst angeführten älteren Autoren (Fritsch, v. Rohr, v. Cancrin u. s. w.) in eine Kategorie stellen. Endlich muß hier noch der schon oben wörtlich

367) Einleit. §. 269. bei Note e.
368) Bd. VI. Nr. 83. §. 1.

abgedruckten Stelle aus der Hannover'schen Präjudiciensammlung von Strube[369]) Erwähnung geschehen, da sie von allen neueren Schriftstellern angeführt wird, mögen dieselben nun, wie Eichhorn (Einl. §. 268) und Maurenbrecher (Lehrb, §. 180.) von der Schiffbarmachung öffentlicher oder nicht öffentlicher Flüsse, oder, wie Hagemann an dem soeben angeführten Orte, von der Floßeinrichtung auf „kleinen gemeinschaftlichen" Flüssen, oder aber, wie Mittermaier (§. 230. I.) von Ausübung der Floßfahrt handeln. Daß jedoch diese Stelle von keinem anderen Fall, als von dem der eigentlichen Schiffbarmachung handelt, und daher nur da, wo von diesem Fall die Rede ist, mit Recht allegirt werden kann, glaube ich oben (§. 110.) zur Genüge nachgewiesen zu haben.

§. 142. Bei den von mir benützten deutschrechtlichen Schriftstellern habe ich außerdem nichts Bemerkenswerthes finden können. Nur einer Bemerkung von Maurenbrecher[370]) ist hier schließlich noch Erwähnung zu thun, da sie hieher bezogen werden könnte. Bei der Lehre vom Mühlenregale kommt nämlich dieser Schriftsteller unter Anderem auch auf das Verhältniß des Mühlberechtigten zu dritten Personen (das sogen. Mühlenprivatrecht) zu sprechen, und bemerkt: dieses Verhältniß bleibe nach den allgemeinen Rechtsprincipien zu beurtheilen, die auch für diese Verhältnisse gelten. In der Anmerkung werden nun die Conflicte mit den verschiedenen Wasserberechtigungen kurz angedeutet und wird hiebei namentlich bemerkt: „wo ein Conflict mit Schifffahrtsberechtigten da ist, haben letztere aus politischen Gründen den Vorzug." Aus dem hier Gesagten wird sich wohl der Schluß ziehen lassen, daß dieser Schriftsteller den Mühleninhabern kein Entschädigungsrecht

---

369) Strube, rechtl. Bedenken II. 88. Ausg. v. Spangenberg. S. 469.

370) Maurenbrecher, Privatrecht §. 296. Not. 10.

zuerkenne, wenn ihre Werke vorübergehend wegen der Schifffahrt ganz oder theilweise stille stehen müssen. Man wird nämlich annehmen dürfen, daß, wenn den Schifffahrtsberechtigten aus politischen Gründen der Vorzug gebührt, die Mühleninhaber von Rechtswegen nachstehen müssen, weil bei collidirenden Rechten dasjenige vorgeht, welches besonders begünstigt ist [371]). Hienach wäre das angegebene Motiv als Motiv des Gesetzgebers aufzufassen, welcher aus politischen Gründen sich veranlaßt sieht, die Schifffahrtsberechtigten vor den Mühlinhabern zu begünstigen. Wollte man dagegen diese Bevorzugung „aus politischen Gründen" etwa so verstehen, daß die Mühlenberechtigten den Schifffahrtsberechtigten nachzustehen hätten, nicht weil letztere ein besseres Recht haben, sondern weil das Recht der ersteren den Rücksichten der Politik weichen muß, etwa wie dieß bei der Expropriation der Fall ist; so würde sich hieraus zwar natürlich in Betreff der Ersatzverbindlichkeit gerade die entgegengesetzte Folge ergeben, daß nämlich der Mühleninhaber vollständig entschädigt werden werden müßte. Eine solche analoge Anwendung des Expropriationsprincips zum Zweck der Schlichtung des in Frage stehenden Conflicts erscheint jedoch weder an sich zuläßig, noch ist man ohne genügenden Grund berechtigt, diese willkürliche Behauptung dem Verfasser zu unterstellen [372]).

---

371) Cfr. Thibaut, Pandecten, I. Bd. §. 118. III. 2. A. Seite 91.

372) Am wenigsten ist es zu erklären, wie Hofacker a. a. O. dazu kommt, dem in Frage stehenden Ausspruch Maurenbrechers Beifall zu schenken, obwohl derselbe mit seinen Principien im auffallendsten Widerspruch steht.

Es sey mir gestattet, hierauf etwas näher einzugehen. S. 90. wo Hofacker den von ihm allein so genannten „Collisionsfall" abhandelt, kommt er auf die im Text angeführte Stelle von Maurenbrecher zu sprechen. Er billigt ausdrücklich das von letzterem Schriftsteller Gesagte, und sucht dasselbe sofort folgendermaßen mit seiner Ansicht in Einklang zu bringen: „Maurenbrecher heißt," so sagt er, „bekanntlich nur denjenigen Fluß einen öffentlichen, welcher schiff- oder floßbar ist. Wenn er daher

Drittes Kapitel.

Die Bestimmungen der Particulargesetze, einzelner Staatsverträge und die Grundsätze der Praxis in Betreff der Entschädigung der Maschinenberechtigten für Störungen des Gangs der Werke beim Floßbetrieb.

---

§. 143. Wie stimmen aber mit unserem Grundsatze die Particulargesetze, Staatsverträge und das Herkommen überein, wonach bei dem Floßbetrieb der Grundsatz die Regel bildet: daß den Werks-

---

in der angeführten Stelle sagt, bei einem Conflicte zwischen Schifffahrts- und Mühlenberechtigten haben jene aus politischen Gründen den Vorzug; so setzt er nothwendig einen zur Schiff- oder Floßfahrt tauglichen Fluß, den Gebrauch des Flusses zum Schiffen oder Flößen voraus, er setzt den eigentlichen Collisionsfall zwischen Schiffern und Müllern voraus; und da gehen denn jene aus politischen Gründen vor. Da, wo man nicht schiffen oder flößen kann, kommen die Schifffahrts- oder Floßberechtigten nicht in Collision, ausgenommen wenn „kann" so viel als „könnte" bedeutet. (s. oben §. 8. Not. 1.)" — Der Verfasser hat nun offenbar übersehen, daß man, selbst wenn man annimmt, Maurenbrecher denke nur an den Fall, in welchem der Betrieb der Schiff- oder Floßfahrt mit dem Mühlenbetriebe in Conflict kommt, in welchem also der Gebrauch der ersteren bereits besteht, bei Beurtheilung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Satzes doch darauf zurückgehen muß, wie und unter welchen Verhältnissen beide Wassernutzungsrechte entstanden sind, mit anderen Worten: daß die Frage in Betreff der Conflicte bei der Einführung des einen oder des anderen Wassergebrauchs für die Frage in Betreff der Conflicte des beiderseitigen Betriebs präjudiciell ist. Dieß können wir durch folgende Betrachtung noch augenfälliger machen. Nehmen wir einmal mit Hofacker an, daß das Wassernutzungsrecht des Mühlinhabers seiner rechtlichen Natur nach ein ausschließliches (jeden anderen Gebrauch, der durch die Höhe des Wehrs und die Oeffnung des Mühlgrabens bestimmten Wassermasse abschneidendes) Recht sey, (Hofacker §. 14. S. 39. 40.) daß demungeachtet aber auf demselben Fluße Floß- oder Schifffahrt betrieben werden. Unter dieser Voraussetzung sind dann nur zwei Fälle denkbar, nämlich entweder können beide Wassernutzungen neben einander bestehen, d. h. auch wenn der Mühlinhaber sein vollständiges Aufschlagewasser benützt, reicht die übrige Masse des Wassers doch zum Betrieb der Schiff- oder Floßfahrt hin; oder, dieß ist zwar nicht der

besitzern für die Störungen des Gangs ihrer Werke und die ihnen hiedurch zugehenden Nachtheile von den Flößenden gewisse, meist durch Herkommen genau festgesetzte Ersatzleistungen gereicht werden müssen?

Fall, aber es hat der Mühlinhaber freiwillig, oder zwangsweise (im Expropriationswege) gegen eine Entschädigung, in eine Beschränkung seines Rechts eingewilligt, d. h. sich dazu verstanden, allemal so viel Wasser herzugeben, als zum Fortkommen des Schiffs oder Floßes erforderlich ist. Der erstere Fall paßt offenbar nicht zu dem Satz von Maurenbrecher. Denn dieser spricht von Conflicten mit Schifffahrtsberechtigten, hier ist aber ein Conflict nicht verhanden. Die Verhältnisse des anderen Falles stehen mit dem Maurenbrecher'schen Satze ihrerseits ebensosehr im Widerspruche. Denn nach diesen bedarf es zu Entscheidung der Conflicte gleichfalls keiner politischen Gründe mehr, sie sind zum Voraus entschieden durch die freiwillige oder zwangsweise Beschränkung des Rechts des Mühleninhabers; auch hier fällt somit genau genommen jeder Conflict beim gemeinschaftlichen Betriebe von selbst hinweg.

Es wird nun Niemand mehr zweifeln, daß der angeführte Satz Maurenbrechers auf die Hofacker'sche Theorie überhaupt nicht paßt, man wird aber auch zugeben müssen, daß man denselben nicht auf die Conflicte beim Gebrauch restringiren, und von den Conflicten bei der Einführung ganz absehen kann. Letzteres war auch gewiß nicht die Absicht Maurenbrechers. Dieser Schriftsteller heißt zwar allerdings nur den Fluß einen öffentlichen, welcher schiff- oder floßbar ist, er nimmt aber letztere Eigenschaft als eine natürliche, wie seine Allegation des Sachsen- und Schwabenspiegels und des preußischen Landrechts (§. 180. Not. 2. S. 393.) deutlich zeigt, und theilt am wenigsten die Ansicht Hofackers, daß nur der Fluß schiffbar sey, welcher wirklich mit Schiffen befahren wird (cfr. oben Note 16.), daß die Schiffbarkeit nothwendig die wirklich bereits bestehende Ausübung der Schifffahrt voraussetze. Wenn Maurenbrecher daher von den Conflicten mit Schifffahrtsberechtigten spricht, so denkt er zunächst an die Einführung der Schifffahrt, denn sie ist ohne Zweifel die nächste und nothwendige Veranlassung der Entstehung wie der Schlichtung dieser Conflicte. Da, wo man nicht schiffen und flößen kann, kommen allerdings die Schifffahrts- und die Floßberechtigten mit Niemand in Collision, weil es hier vorerst keine solche Berechtigten gibt; aber da, wo man zwar schiffen und flößen kann, aber bis jetzt nicht geschifft oder geflößt hat, und nun schiffen oder flößen will, da fangen die Collisionen an, da kommen die Rechtsgrundsätze in Betreff ihrer Schlichtung in Anwendung. Da wo

Als Beispiele von Particular=Gesetzen oder solchen gleichzuachtenden Staatsverträgen nenne ich hier nur den schon mehrfach angeführten Vertrag zwischen Oestreich und Württemberg über die Neckarflößerei v. J. 1484. und

---

Schifffahrt oder Flößerei bereits betrieben wird, muß die Schlichtung der Conflicte schon erfolgt seyn, weil hiedurch die Möglichkeit des Betriebs bedingt war. Wenn nun Maurenbrecher aus politischen Gründen den Schifffahrtsberechtigten den Vorzug zuerkennt, so hat er ohne Zweifel den oben (§. 81.) näher angeführten, im deutschen Staatsrechte von jeher anerkannten Grundsatz der Freiheit der Schifffahrt und das Verbot, die öffentlichen Wasserstraßen durch nachtheilige Gebäue zu sperren, im Auge, welcher Grundsatz die bisher von uns vertheidigten Sätze in Betreff der regalen Wassergerechtigkeiten, als singulärer, möglichst beschränkter Gebrauchsbefugnisse, die Eigenschaft der öffentlichen Flüsse als res publicae im Sinne des römischen Rechts zu seiner nothwendigen Voraussetzung hat, weil die freie Schifffahrt eine freie Wasserstraße fordert, und auf einem im Privatbesitz befindlichen Wasser rechtlich unausführbar ist. Uebrigens können wir auch ganz dahingestellt seyn lassen, an was Maurenbrecher gedacht haben mag, wenn er den Schifffahrsberechtigten aus politischen Gründen den Vorzug zuerkannt habe, da er sich nun einmal hierüber nicht näher erklärt. Denn jedenfalls bleibt so viel gewiß, daß dieser Grundsatz Maurenbrechers mit der Hofacker'schen Theorie nicht nur überhaupt unverträglich, sondern daß es insbesondere eine auffallende Inconsequenz dieses letzteren Schriftstellers ist, einerseits die Theorie von dem ausschließlichen Rechte des Wasserwerksinhabers auf seine Wasserkraft, von der unbedingten Verbindlichkeit der Floßberechtigten zum Ersatz des durch den Floßbetrieb dem Werksinhaber verursachten Schadens vorzutragen, und andererseits den Satz von Maurenbrecher: daß den Schifffahrtsberechtigten bei Conflicten mit den Werksinhabern aus politischen Gründen der Vorzug gebühre, zu adoptiren. Worin soll denn wohl nach Hofackers Ansicht dieser Vorzug der Schifffahrtsberechtigten bestehen? Etwa darin, daß sie, wenn sie anders vollständige Entschädigung geben, an der Ausübung ihres Rechts nicht gehindert werden sollen? Oder darin, daß sie, um zu ihrem Rechte zu gelangen, dem Mühlinhaber sein Recht um möglichst hohen Preis abkaufen dürfen? Offenbar kann Hofacker, wenn er consequent seyn will, unter dem Maurenbrecher'schen Vorzuge der Schifffahrtsberechtigten nur das Recht der Expropriation verstehen, im welchem Falle er jedoch eines Theils den Sinn des Maurenbrecher'schen Satzes geradezu umkehren müßte, weil unter dieser Voraussetzung die Schifffahrtsberechtigten nicht nur kein bevorzugtes, son-

zuletzt erneuert im J. 1740., welcher (Art. 39.) die Abgaben an die Mühl- und Wehrbesitzer für den Durchlaß der Flöße auf dem Neckar (sog. Stell- oder Versetzbretter, weil diese Ersatzleistungen meistens in Schnittwaare gegeben wurden) unter Berufung auf das „alte Herkommen" für rechtlich begründet erklärt, und nur wegen unbefugter Erhöhung derselben Vorsehung trifft [373]). Ferner den noch älteren Vertrag zwischen Baden und Württemberg vom Jahr 1342., welcher für den Durchlaß der Flöße durch die verschiedenen Neckarwehre, Wehrzölle verschiedener Größe (nach Hellern) ansetzt, und dagegen den Inhabern dieser Wehre (jedem „Herren oder armen Mann, dem man den Zoll gibt") zur Pflicht macht, Schutzbretter an ihre Wehre zu machen, auch die Floßstraße bei letztern in fahrbarem Stand zu erhalten [374]). — Daß sodann auch da, wo solche gesetzliche Bestimmungen nicht vorliegen, sehr häufig nach dem Herkommen die Flößenden Abgaben für den Durch-

---

dern vielmehr gar kein Recht haben würden (denn sie müßten solches ja erst erkaufen), anderntheils die Behauptung, daß Maurenbrecher nur von den Conflicten beim Betrieb der Schifffahrt spreche, nicht festhalten könnte; davon zu geschweigen, daß man unter dieser Voraussetzung überhaupt nicht von einem Conflicte und noch weniger von einem „wahren Collisionsfall," d. h. nach Hofacker (§. 26.) von einem solchen Falle sprechen könnte, in welchem der Schifffahrtsberechtigte ein besseres (!) Recht, als der Werksbesitzer haben soll.

373) Vergl. Realind. der Württemb. Forstord. S. 153 — 156. v. Moser, Forstarch. XII. S. 140—146.

374) Vertrag zwischen Markgraf Rudolph IV. v. Baden und Graf Ulrich von Württemberg über das Flößen auf der Würm, Nagold der Enz und dem Neckar vom weißen Sonntag 1342. abgedruckt bei v. Moser, Forstarchiv XII. S. 64. auch bei Jägerschmid, Handbuch II. S. 614. vergl. Hofacker a. a. O. S. 56. 57. Die churpfälzische Floßordnung v. J. 1791. bei v. Moser a. a. O. 9. Bd. S. 349. welche jedoch nur die Scheiterflößerei im Auge hat, bestimmt: 13. Abs. „In Ansehung der wegen des Mühlenstillstandes verschiedentlich zu leistenden Vergütung lassen wir es bei Bestimmung unserer älteren Forstordnung gnädigst bewenden, die den darin benannten Müllern für jeden 24stündigen Stillstand eines Rades festgesetzt worden ist."

laß durch die Mühlwehre in Geld oder Natur zu entrichten haben, lehrt die Erfahrung [375]).

§. 144. Dieser Widerspruch des in Einem speciellen Fall des Conflicts bei der Ausübung positiv bestehenden Rechts-Verhältnisses mit den Grundsätzen, wie sie aus den allgemeinen Rechtsprincipien mit Nothwendigkeit abgeleitet werden müssen, dieser Widerspruch, sage ich, kann nur historisch erklärt werden.

Wir haben schon oben (§. 63.) bemerkt, daß die juristisch-strenge Unterscheidung zwischen den öffentlichen und nicht öffentlichen Flüssen dem ältesten deutschen Rechte fremd gewesen zu seyn scheint. Die staatsrechtlichen Begriffe waren damals noch zu wenig entwickelt, das fließende Wasser wurde einestheils wohl als ein Gemeingut betrachtet, anderntheils aber dessen unbeschränkter Benutzung von Seiten der Uferbesitzer doch kein Hinderniß in den Weg gelegt [376]); und wenn es auch zu weit geht, daraus, daß in alten Urkunden zu den Zubehörungen der Landgüter aquae und aquarum decursus gerechnet werden [377]), den Schluß ziehen zu wollen, daß damals alle fließenden Gewässer im Privatbesitz sich befunden haben, und der Grundsatz des Sachsen- und Schwabenspiegels nur der späteren Zeit angehöre; so wird man doch einräumen müssen, daß die Grundeigenthümer, deren Grund und Boden ein Fluß berührte oder durchschnitt, über die örtlichen Wassernutzungen als über ihr Eigenthum verfügen konnten [378]).

---

375) Vergl. Jägerschmid a. a. O. S. 505. 506. 507. In Beziehung auf Württemberg und die Neckarflößerei cfr. Hofacker a. a. O. S. 20. Anm. 1. S. 56. 57. Anm. 3. S. 71. Anm. 1. auch v. Moser a. o. Not. 373. a. O.

376) Eichhorn, Einleit. §. 267. d. e. Mittermaier, Grundſ. §. 222. Not. 16.

377) Cfr. Reyscher, Württ. Privatrecht, 2. Ausg. I. Bd. §. 248.

378) Vergl. die oben Not. 145. abgedruckten Worte aus den Leg. Alaman. LXXXIII. 1. u. 2. ferner Eichhorn, Staats- und Rechts-

Zu diesen örtlichen Wassernutzungen gehörte nun vornemlich die Mühlennutzung, welche, wir wir oben gesehen haben[379]), in Deutschland uralt ist, und insbesondere an den meisten Flüssen weit früher in Uebung gekommen zu seyn scheint, als die Floßfahrt. Wenn nun an einem Flusse, bevor die Regalität der Mühlen entstanden war, und ehe die rechtlichen Grundsätze in Betreff der öffentlichen Flüsse sich ausgebildet hatten, von den Ufereigenthümern Mühlen angelegt worden waren, welche dieselben und ihre Rechtsnachfolger gleich ihrem übrigen Privateigenthum als in ihrem unbeschränkten Privatbesitz befindlich betrachteten, und wenn sodann erst später derselbe Fluß zur Floßfahrt benützt zu werden anfieng; so ist es erklärlich, wie bei Einführung der letzteren die Flößenden sich mit den Besitzern der Mühlen dahin abzufinden veranlaßt, ja genöthigt sehen konnten, daß sie den letzteren für die Wasserentziehung und sonstige Nachtheile Ersatz zu reichen sich verbindlich machten. Als aber später in Folge der Ausbildung die staatsrechtlichen Grundsätze vom öffentlichen Eigenthum und der Entwicklung der Lehre von der Regalität die rechtlichen Verhältnisse sich wesentlich änderten, stand jene Entschädigungsverbindlichkeit schon längst durch rechtsbeständiges Herkommen fest und blieb daher auch bestehen. Auf diese Weise mag es sich, wenn auch nicht rechtlich, so doch historisch erklären lassen, wie im Widerspruch mit den Principien über öffentliche Sachen und Staatseigenthum der Flüsse, im Widerspruch mit der ganzen Regalitätslehre, gleichsam als Ueberbleibsel eines früheren, längst vergangenen Rechtszustandes sich der Grundsatz so ziemlich allgemein erhalten konnte: daß die Flößenden verbunden sind an die Werksinhaber für die ihnen durch den Stillstand ihrer Werke während des Durchlasses der Flöße

geschichte §. 362. Not. o. (2. Bd. S. 691.) Mittermaier, Grundsätze ꝛc. I. §. 222. bei Not. 8. 16. §. 236. Not. 2. 3.

379) Cfr. oben §. 63. Not. 143.

zugehenden Nachtheile eine herkommliche Abgabe als Ersatz zu entrichten. Daß dieser Grundsatz natürlich nur in Beziehung auf solche Wasserwerke gelten kann, welche vor Einführung der Floßfahrt bestanden haben, oder deren Bestehen neben der letzteren wenigstens in die frühesten Zeiten hinaufreicht, so daß ein anderer Zustand nicht erweislich ist, in dem Falle aber nicht Platz greifen darf, wo ein Wasserwerk erweislichermaßen bei schon bestehender Floßfahrt errichtet wurde, werde ich kaum zu bemerken brauchen[380]. Ebenso wird es sich von selbst verstehen, daß, wenn auf die angegebene Weise ein thatsächlich bestehendes Herkommen geschichtlich zu erklären versucht wurde, hiemit nicht ein rechtliches, den bisher entwickelten, auf positiv-gesetzlichem Boden ruhenden Grundsätzen entgegengesetztes Princip aufgestellt werden wollte, von welchem ausgehend nun weitgreifende Consequenzen für die Erörterung der einschlagenden Rechtsfragen gezogen werden könnten; denn es darf nicht vergessen werden, daß die Rechtsverhältnisse, wie sie in jener grauen Vorzeit bestanden haben, längst nicht mehr bestehen, und daß daher zwar wohl ein über den jetzigen Rechtszustand hinaufreichendes, unfürdenkliches Herkommen, welches mit den bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Widerspruch steht und sich hieraus nicht ableiten läßt, auf jene Verhältnisse zurückgeführt, aus ihnen erklärt werden kann, daß es aber viel zu weit ginge, nun auch weitere Schlüße hierauf bauen zu wollen, daß vielmehr im Gegentheil der aus jenen früheren Verhältnissen erklärte Grundsatz als eine Ausnahme, welche die Regel bestätigt, betrachtet werden muß.

---

380) Jägerschmid, a. a. O. 2. Bd. S. 505. 506. und oben §. 138.

Vierter Abschnitt.

Von der Competenz der Justiz- und der Verwaltungs-Behörden hinsichtlich der hier abgehandelten Conflicte.

Erstes Kapitel.

Einleitung.

§. 145. Es bleibt mir jetzt nur noch übrig, die Frage kurz zu erörtern, welche öffentlichen Behörden in den verschiedenen, bisher entwickelten Fällen als die zuständigen für die Entscheidung der entstehenden Streitigkeiten und Schlichtung der Conflicte zu betrachten sind, indem es bei den vorliegenden, in das Gebiet des Privatrechts wie des öffentlichen Rechts eingreifenden Verhältnissen, da, wo Justiz und Verwaltung getrennt sind, an Veranlassung zu Competenzconflicten zwischen den Gerichten und den Administrativ-Justizbehörden nicht fehlen wird.

Es sey mir erlaubt, bevor ich zum Einzelnen übergehe, einige allgemeine Regeln aufzustellen, welche bei Entscheidung aller der hier in Frage stehenden Competenzconflicte maßgebend seyn dürften.

I. Liegt ein Streit zwischen einer Verwaltungs- (insbesondere Finanz-) Behörde und einem Privaten vor, und erstere stützt ihren Anspruch auf einen privatrechtlichen Klagegrund, etwa auf ein regales Recht (im engeren Sinne), so wird der Civilrichter diesen Streit zu entscheiden haben; streitet dagegen

II. die Verwaltungs- (insbesondere Regierungs-, Polizei-) Behörde mit dem Privaten nicht auf privatrechtl. Klagegrund, sondern auf öffentlich-rechtliche (z. B. hoheitsrechtliche) Befugniß sich stützend, so hat die Administrativ-Justizbehörde den Conflict zu schlichten,

mag nun der Private seinerseits auf einen Privatrechtstitel sich berufen, oder nicht [381]) Ist übrigens

III. der Klagegrund, auf welchen ein Anspruch an ein Wassernutzungsrecht in größerem oder kleinem Umfange gestützt wird, ein durch speciellen Rechtstitel erworbenes Privatrecht, so wird immer der Richter für zuständig gehalten werden müssen, gleichviel ob der, welcher den Anspruch geltend macht, eine öffentliche Behörde oder ein Privatmann ist, gleichviel ferner, ob das angesprochene Recht aus Gründen des öffentlichen oder aus Gründen des Privatrechts bestritten werden will [382]).

Diese drei Grundregeln lassen sich auch in die allgemeine Regel zusammenfassen: bei Entscheidung der Competenzfrage kommt es einestheils nicht sowohl darauf an, von wem ein Anspruch geltend gemacht wird (ob von einer öffentlichen Behörde, oder von einem Privatmanne), sondern darauf, in welcher Richtung dieser Anspruch erhoben, auf welches Recht er gebaut wird, (sc. ob auf ein öffentliches, ein Hoheitsrecht, oder auf ein Privatrecht, z. B. eine regale Gerechtigkeit), und andererseits muß nicht sowohl darauf geachtet werden, ob überhaupt ein privatrechtlicher Titel geltend gemacht wird, oder nicht, als vielmehr einzig und allein darauf: ob in specie der Rechtsgrund, auf welchen hin die Behörde, um deren Competenz es sich in einem gegebenen Falle handelt, angerufen worden ist, (der Klagegrund), auf einem speciellen Privatrechtstitel beruht oder nicht.

---

381) Mittermaier, ein Archiv für Civ.-Prax. Bd. XXIII. S. 142. 143. 160. 3) 161 4) und 5) derselbe, Grundf. des Privat-Rechts §. 222 a. Not. 26. §. 203. Not. 21. 34.

382) Ebend. S. 150. 151. 160. 2) derselbe, Privat-Recht §. 203. Not. 10. 11.

Zweites Kapitel.

Competenz bei Streitigkeiten aus Veranlassung der Einrichtung der Schiff- oder Floßfahrt.

§. 46. Gehen wir nun zu den einzelnen Fällen über und zwar zunächst zu dem Fall

I. der Schiff- oder Floßbarmachung eines Flusses im eigentlichen strengen Sinne des Worts (vergl. oben §. 87.), d. h. der Einrichtung eines nach seiner natürlichen Beschaffenheit zur Schifffahrt oder Flößerei nicht tauglichen Flusses zu diesem Zwecke mit künstlichen Mitteln; so wird hier ein Zweifel nicht obwalten können. Daß in diesem Fall die Streitigkeiten mit den Wassernutzungsberechtigten nur mittelst Anwendung des äußersten Rechts des Staats, d. h. im Expropriationswege geschlichtet werden können, haben wir oben (§. 87.) gezeigt; die natürliche Folge hievon ist nun aber, daß dieselben Behörden hier zuständig sind, welchen überhaupt die Entscheidung in Expropriationsfällen zukommt, nämlich die Beziehung auf die Frage: ob das Recht der Expropriation Platz greifen kann? in der Regel die Administrativ-Justiz-Behörden, in Beziehung auf die Frage über die Größe der Entschädigung aber die Gerichte [383]).

§. 147. Zweifelhafter ist schon der Fall, wo es sich

II. von der Einführung der Schiff- oder Floßfahrt auf einem von Natur schiff- oder floßbaren Flusse mittelst Beseitigung künstlicher Hindernisse handelt.

Wenn wir hier die Frage nach der Competenz ent-

---

383) Strube, rechtl. Bedenken II. 88. Pfizer, die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civil-Justiz Stuttg. 1828. §. 82. S. 177. Württemb. Verfassungsurkunde. §. 30. Bayerische Verf.-Urk. Tit. 4. §. 8. Badische Verf.-Urk. Tit. 2. §. 14.

scheiden wollen, müssen wir natürlich darauf zurückgehen, auf welchem Rechtsgrunde die Befugniß der Staatsbehörde, eine solche Einrichtung zu treffen, beruht. Denn daß Niemand anders, als die Staatsbehörde berechtigt ist, auf einem schiff- oder floßbaren und daher öffentlichen Flusse diesen Wassergebrauch einzuführen, werde ich hier nicht erst zu beweisen brauchen. Nun ist es aber auf den ersten Blick einleuchtend, daß der Rechtsgrund, welcher die Staatsbehörde ermächtigt, einen schiffbaren öffentlichen Fluß als solchen für Schiff- und Floßfahrt zu benützen, und folglich auch die Hindernisse, welche dieser Benützung entgegenstehen, hinwegzuräumen, kein privatrechtlicher, vielmehr lediglich ein staatsrechtlicher, nämlich das aus dem öffentlichen Eigenthum fließende Verfügungsrecht über die öffentlichen Sachen zu dem ihrem Zweck entsprechenden Gebrauche ist [384]). Folglich kann auch die Staatsbehörde, wenn sie bei Ausübung dieses ihres Rechts auf Widerspruch von Seiten eines Wasserberechtigten stoßt, nicht verbunden seyn, sich mit demselben in einen Rechtsstreit vor den Civilgerichten einzulassen, da diese nicht über die öffentlich-rechtlichen Befugnisse der Staatsbehörden und deren Ausübung zu erkennen haben. Man wird daher hier als allgemeine Regel gelten lassen müssen, daß die Competenz des Civilrichters ausgeschlossen, und die der Verwaltungsjustizstellen begründet ist. Der Staat steht hier nicht als Inhaber nutzbarer Rechte oder als Rechtssubject (im privatrechtlichen Sinne) dem Privatmanne gegenüber, sondern als Staat, sofern er vermöge seines Hoheitsrechts oder Staatseigenthums [385]) im öffentlichen Interesse die Nutzung der Unterthanen beschränkt, welche dem Staate gegenüber keine Privatrechte in so fern geltend machen

384) Cfr. oben §. 41. 42. Mittermaier, Privatrecht. §. 222 a. Not. 26.

385) Cfr. oben §. 40—42. Not. 80. 81. 83. über den Begriff und die Natur des Staatseigenthums.

können, daß ein gewisser Zustand, den der Staat bisher duldete, auf ewige Zeiten erhalten werden müße[386]). Aus dem gleichen Grunde muß daher hier die Competenz der Civilgerichte ausgeschlossen werden, aus welchem dieselbe ausgeschlossen ist, wenn die Staatsbehörde aus hoheitsrechtlichen Gründen die Befugnisse der Ufereigenthümer an Privatgewässern beschränkt, denn hier wie dort handelt der Staat als solcher, vermöge öffentlicher Rechtsbefugniß, sey diese nun die Wasserhoheit oder das Eigenthumsrecht des öffentlichen Flusses, denn jene ist in diesem enthalten, und hier nur umfangreicher als bei den Privatflüssen[387]).

§. 148. Man könnte zwar meinen, daß einem Privatberechtigten, welcher sein Wassernutzungsrecht als regale Gerechtigkeit besitzt, und daher auf einen privatrechtlichen Titel stützt, von Seiten der Staatsgewalt um so weniger der Rechtsschutz der Civilgerichte sollte verkümmert werden können, als sich dieser sein Privatrechtstitel in der Regel auf einen Uebertragungsakt der Staatsgewalt gründet, vermöge dessen er sein Recht (und zwar meistens titulo oneroso) überkommen hat. Allein wir dürfen nicht vergessen, daß die Regalien, welche zunächst und ursprünglich Rechte der Regierungen sind, auch wenn sie als regale Gerechtigkeiten an Einzelne übertragen wurden, demungeachtet ihrem Fundamente nach Rechte der Regierungen bleiben, daß das Staatsrecht die ausschließliche Entscheidungsquelle über den Umfang dieser Rechte ist, daß endlich dieselben den Hoheitsrechten unterworfen bleiben, welche hier wegen des besonderen Interesse, das die Regierung für die Regalien haben muß, sogar umfassender, als in den gewöhnlichen Fällen sind[388]). Wir müssen uns insbesondere er-

386) Mittermaier, im Archiv f. civ. Prax. a. a. O. S. 142. J. vergl. mit S. 149. 150. Derselbe, Grundſ. des Privatr. a. a. O.

387) Cfr. oben §. 41—42. Not. 80. 81. 83. und Mittermaier im Archiv a. a. O. S. 160. 3) 161. 4).

388) Vergl. oben §. 48. B. b. c. und die Not. 101. 103. 104. allegirten Schriftsteller und Mittermaier, Privatr. §. 203. Not. 21.

innern, daß den oben in Betreff des Verhältnisses der öffentlich rechtlichen Befugnisse des Staats zu den aus dem Regalitätsprinzipe abzuleitenden Nutzungsrechten Einzelner aufgestellten Grundsätzen zufolge der Staat 1) vermöge seines Verfügungsrechts über die öffentlichen fließenden Gewässer zum Zwecke des öffentlichen Gebrauchs derselben, nicht nur Einrichtungen an solchen treffen darf, wodurch die hergebrachten Nutzungen Einzelner modificirt und beschränkt werden, sondern auch die von letzteren zum Zweck der Ausübung ihres Wassernutzungsrechts getroffenen Vorkehrungen und hergestellten Anlagen in oder an dem öffentlichen Flusse zu verändern und theilweise zu beseitigen berechtigt ist [389]. Daß derselbe ferner 2) vermöge des Rechts, den Gebrauch der öffentlichen fließenden Gewässer im öffentlichen Interesse zu überwachen, zu regeln und zu beschränken, nicht nur die Befugniß hat, durch neue (gesetzliche) Vorschriften (hinsichtlich dieses Gebrauchs) selbst wohlerworbene Rechte Einzelner zu beschränken, sondern auch, wenn er bei Ausübung dieses seines Aufsichtsrechts mit den Rechtsansprüchen der Regalberechtigten in Conflict geräth, sich hierüber in keinen Rechtsstreit vor den Civilgerichten einzulassen braucht [390]. Da wir im Obigen diese Grundsätze nicht allein aus den in Betreff des öffentlichen Eigenthums an den fließenden Gewässern geltenden Prinzipien, sondern auch aus den Rechtsregeln in Betreff der Regalien, insbesondere der regalen Gerechtigkeiten an öffentlichen Flüssen abgeleitet haben, so müssen sie um so mehr genügen, um den von der regalen Natur eines Wassernutzungsrechts hergenommenen Einwurf zu beseitigen.

---

389) Vergl. oben §. 52. I. 1. 2. und die daselbst Not. 127. 128. citirten Autoritäten. Mittermaier a. a. O. §. 237. Not. 14.

390) Vergl. oben §. 53. II. 1. 2. und die daselbst Not. 129. und insbesondere 130. angef. Belege. Mittermaier a. a. O. §. 222 a. Not. 26. In Württemberg gehört die Entscheidung aller „Streitigkeiten über die Benutzung öffentlicher Wasser" vor das forum der Verwaltungs-Justizstellen (Kreisregierungen und Oberämter). cfr. d. Not. 130. alleg. Verord. v. 21. Dez. 1819.

§. 149. Was aber den Umstand betrifft, daß die in Frage stehenden Rechte der Einzelnen in der Regel von Seiten des Staats selbst und zwar titulo oneroso an die Berechtigten übertragen worden sind, so kann derselbe nichts an den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des Staats ändern, da solche ihrer Natur nach unveräußerlich sind und daher auch aus jener Veranlassung nicht vergabt oder aufgegeben werden konnten [391]), was der Berechtigte wissen mußte, da ihm nicht das Privateigenthum des fließenden Wassers, sondern nur eine regale Gerechtigkeit an einem öffentlich bleibenden Flusse eingeräumt wurde. Ebensowenig kann es als eine Verkümmerung des Rechtsschutzes angesehen werden, welchen das in Frage stehende Recht in seiner Eigenschaft als Privatrecht bei den Civilgerichten zu genießen hat, wenn über eine Beschränkung der Nutzung aus öffentlich rechtlichen Gründen diese Gerichte nicht erkennen dürfen; denn nicht nur tritt dieser Fall ja bei vielen anderen Rechtsbefugnissen, welche z. B. polizeilichen Beschränkungen unterworfen sind, ein, sondern es liegt auch nicht einmal eine Rechtsentziehung oder Beschränkung vor, vielmehr ist die von der öffentlichen Behörde getroffene Anordnung, wodurch die Wassernutzung des Berechtigten beschränkt wird, weiter nichts als eine natürliche und rechtmäßige Folge der von Anfang an beschränkten Natur des diesem zustehenden Rechts [392]).

Wollte man aber an der hier aufgestellten Regel noch irgend Anstoß nehmen, so mag man nur bedenken, daß, wie wir im Allgemeinen Theil, im zweiten Capitel des ersten Abschnitts, gesehen haben, selbst in Beziehung auf Privatflüsse, an welchen doch den Nutzungsberechtigten ein dem Eigenthum nahe verwandtes Recht zusteht [393]), dem Staate die Befugniß vorbehalten ist, aus Gründen des öffentlichen

391) Cfr. oben §. 40. 41. 46. 47.

392) Oben §. 91.

393) Oben §. 22. 23.

Rechts gewisse Beschränkungen der Wassernutzung von Seiten der Berechtigten zu verfügen, ohne daß diese hierüber in einen Streit vor den Civilgerichten sich einzulassen befugt wären [394]). Was nun der Staatsgewalt bei Privatflüssen zusteht, welche doch nicht im öffentlichen Eigenthum sich befinden, muß das nicht in weit höherem Maße derselben bei öffentlichen Flüssen zustehen? sofern man nur das öffentliche Eigenthum nach seinem richtigen Begriffe erfaßt, wonach dasselbe kein dem Privateigenthum gleiches veräußerliches, vielmehr ein mit der Staatshoheit innig verbundenes und daher wie jedes Hoheitsrecht unveräußerliches Recht ist [395]).

Endlich ist noch eines politischen Grundes Erwähnung zu thun, welcher die Ausschließung der richterlichen Competenz in den angeführten Fällen rathsam erscheinen läßt. Ich will hier Mittermaier sprechen lassen, welcher in seinem Aufsatz über das Verhältniß der Verwaltung und der Justiz in Bezug auf Streitigkeiten über Gegenstände der Regalität [396]) Folgendes bemerkt: „Durch die erst in neuerer Zeit bewirkten Fortschritte der technischen Wissenschaften ist die Wichtigkeit mancher Benutzungsarten und gewisser früher weniger beachteten Naturkräfte erkannt worden. Vorzüglich ist dies bei den Wasserkräften der Fall. Neue Unternehmungen der Industrie, erfolgreich für den Wohlstand einer ganzen Gegend, sind in das Leben gerufen. Die Staatsregierung kennt die Wichtigkeit der zweckmäßigsten Benutzungsarten, sie weiß aber auch, wie die Interessen collidiren. — — — Die Verwaltung wird hier im öffentlichen Interesse thätig seyn, sie erläßt allgemeine Verfügungen, sie regulirt die Benutzungsbefugnisse der verschiedenen Interessenten, und sucht die Collision zu beseitigen. Wenn hier jeder, der sein Interesse für verletzt hält, befugt seyn würde, einen Rechtsstreit an die Gerichte zu bringen, so

---

394) Oben §. 25. Mittermaier im Archiv für civ. Praxis a. a. O. S. 160. 161.

395) Oben §. 40. u. Sarwey, Monatschrift. X. S. 289. 290.

396) Arch. für civ. Prax. a. a. O. S. 129. 130.

würde leicht die Thätigkeit der Verwaltung gelähmt, und ein oft nicht leicht zu ersetzender Nachtheil herbeigeführt werden können."

§. 150. Wenn hiernach die Gültigkeit des Satzes: daß da, wo bei Einführung der Schiff- und Floßfahrt auf einem von Natur schiffbaren Flusse Conflicte mit den regalberechtigten Besitzern von Wasserwerken vorkommen, die Civilgerichte hierüber zu entscheiden nicht befugt sind, als allgemeine Regel nicht wohl wird angefochten werden können; so dürfen wir auf der anderen Seite nicht vergessen, daß, wie aus den Grundsätzen hervorgeht, welche wir an die Spitze dieses Capitels gestellt haben, bei der Frage von der Competenz nicht allein aus materiellen, der Natur des im Streit befangenen Rechts entnommenen, sondern häufig auch aus formellen Gründen so oder so entschieden werden muß. Es kann daher, unbeschadet der allgemeinen Gültigkeit der aufgestellten Regel, demungeachtet der Fall vorkommen, daß aus Veranlassung der Einführung der Schifffahrt auf einem schiffbaren Flusse von einem Wasserwerksinhaber, welcher sich hiedurch in seinem Rechte benachtheiligt glaubt, eine Klage bei den Gerichten angebracht wird und von diesen angenommen werden muß. Sobald nämlich dieser Kläger sein wirkliches oder vermeintliches Recht auf einen speziellen lediglich dem Privatrecht entnommenen Klagegrund stützt, so kann nach der oben angef. III. Generalregel die Competenz der Gerichte nicht in Abrede gezogen werden, wenn auch die Handlung der Staatsbehörde, welche zu der Klage die Veranlassung gegeben hat, sich ganz nur auf die öffentlich rechtliche Befugniß derselben gründet. Denn es ist kein Grund vorhanden, demjenigen, welcher einen rein privatrechtlichen Anspruch geltend macht, darum den Weg zum Richter zu verschließen, weil der Angriff des Gegners auf sein wirkliches oder vermeintliches Privatrecht auf eine öffentlich rechtliche Befugniß begründet werden will [397].

---

397) Mittermaier, im Archiv f. civ. Prax. a. a. O. S. 150.

Wir wollen das Gesagte in einem Beispiel zu veranschaulichen suchen:

Nehmen wir den Fall, der Wasserwerksinhaber behaupte: im Besitz einer jeden anderen Wassergebrauch ausschließenden Mühlgerechtigkeit zu seyn (uud daß eine solche Gerechtigkeit wenigstens möglich ist, haben wir oben §. 94. ff. gesehen), oder er stütze diesen seinen Rechtsanspruch auf einen Privatrechtstitel, etwa einen Vertrag, eine Concession oder die erwerbende Verjährung. Er klage daher gegen die Staatsbehörde, welche ihm zumuthet, seine Wasseranlagen, Mühlwehre u. dergl. so einzurichten, daß Schiffe oder Flöße passiren können, und verlange die gerichtliche Anerkennung seines privatrechtlichen Besitz- oder Rechtsstandes. Hier wird offenbar der Civilrichter nicht umhin können, die (possessorische oder petitorische) Klage anzunehmen, und die Staatsbehörde wird ihrerseits die Einlassung nicht verweigern dürfen. Natürlich wird aber die letztere sich nicht darauf einlassen, ihre öffentlich rechtliche Befugniß im Allgemeinen zu begründen oder zu vertheidigen, sondern sie wird nur die speziellen Behauptungen des Gegners über den angeblich privatrechtlich begründeten Umfang seines Rechts in Widerspruch ziehen, und auch der Richter wird seinerseits über das Recht der Staatsbehörde sich nicht aussprechen, sondern lediglich den von dem Kläger behaupteten Besitz- oder Rechtsstand für privatrechtlich begründet oder unbegründet erkennen; ein Erkenntniß, welches rein nach den Grundsätzen des Privatrechts ertheilt kann [398]).

Von selbst versteht es sich ferner, daß aus dem Gesagten nicht die Folge abgeleitet werden darf: die Competenz der Gerichte sey in allen den Fällen begründet, in welchen überhaupt die Weigerung des Werksinhabers, sich den Anordnungen der Staatsbehörde zu fügen, unter Berufung auf ein angebliches Privatrecht erfolgt, und die Behörde daher unter dieser Voraussetzung stets genöthigt, ihr Recht bei den

---

398) Mittermaier, S. 137—138. A. 165 E.

Civilgerichten zu suchen. Einer solchen Annahme würde hinwiederum die II. Generalregel entgegen seyn, und es ist klar, daß der Verwaltungsbehörde auf diese Weise ganz die Hände gebunden wären, wenn jeder Einzelne nur einen Privatrechtstitel vorzuschützen brauchte, um die Entscheidung der Sache vor das forum des Civilrichters zu bringen. Vielmehr muß in allen übrigen Fällen, wo nicht der Werksinhaber selbst klagend auftritt, und seine gerichtliche Klage auf ein speziell begründetes Privatrecht basirt, der unmittelbar zuvor motivirte allgemeine Grundsatz Anwendung finden: daß bei Conflicten aus Veranlassung der Einführung der Schiff- oder Floßfahrt auf einem öffentlichen schiffbaren Flusse nur den Verwaltungsjustizbehörden die Entscheidung zukommt.

§. 151. Man könnte auf den ersten Blick zwar hierin einen Widerspruch finden, aber der Widerspruch ist hier ebensowohl nur scheinbar, als auch zwischen der Generalregel II. und III. ein wirklicher Widerspruch nicht besteht. Wollte man nämlich einwenden: daß einestheils kein vernünftiger Grund vorliege, warum das Privatrecht des Werksinhabers nur unter der Voraussetzung, daß derselbe klagend auftrete, den Schutz der Civilgerichte genießen solle, und daß anderntheils hiemit für die Staatsbehörde, welche die Einführung der Schiff- oder Floßfahrt zu bewerkstelligen hat, nichts gewonnen sey, weil es ja jedem Einzelnen unbenommen bleibe, sein Privatrecht klagend geltend zu machen, so wird hiegegen Folgendes in Erwägung zu ziehen seyn:

Nicht nur ist es überhaupt, bevor der Streit entschieden, noch nicht ausgemacht, ob das angebliche Recht des Werksinhabers wirklich ein Privatrecht ist. Wenn daher derselbe nicht klagt, so ist anzunehmen, daß es ihm an einem Privatrechtsgrund für seinen Anspruch fehle. Sondern es fehlt jedenfalls in specie auf Seiten der Staatsbehörde der privatrechtliche Grund zu der Klage. Es kann somit der letzteren nicht zugemuthet werden, ihrerseits zu klagen. Sollten ihr aber darum die Hände gebunden seyn? Soll sie warten müssen, bis es dem Werksinhaber beliebt, eine gerichtliche Klage einzureichen? Mit nichten. Vielmehr ist der

Stand der Sache einfach der: die Frage muß, wie ich oben schon bemerkt habe, zunächst nach formellen Grundsätzen beantwortet werden. Der Werksinhaber, welcher ein Privatrecht behauptet, klagt auf diesen Grund gestützt bei dem Civilrichter; will er aber nicht klagen, zieht er es vielmehr vor, seinem Gegner die Rolle des Klägers zu überlassen, so muß zwar dieser klagen, aber der Werksinhaber muß es sich dann auch gefallen lassen, wenn er vor das forum der Verwaltungsjustiz gezogen wird, da der Klagegrund des Gegners ein rein öffentlich rechtlicher ist. Hierin liegt weder eine Unvernunft, noch eine Unbilligkeit; denn einestheils ist es natürlich, das die Civilbehörde über den privatrechtlichen, die Verwaltungsjustizbehörde über den öffentlich rechtlichen Anspruch entscheidet, andererseits ist es billig, daß, wenn der Werksinhaber für sein Privatrecht den Schutz des Civilrichters anzurufen befugt ist, die öffentliche Behörde für ihre staatsrechtliche Befugniß den Schutz der Verwaltungsjustiz in Anspruch nehmen darf. Ich sagte aber absichtlich, daß hier zunächst die formellen Grundsätze entscheiden müssen. Denn wie das materielle Recht beschaffen ist, weiß man ja bei Entscheidung des Competenzstreits noch gar nicht; ob der Anspruch des Mühlinhabers privatrechtlich begründet ist, soll erst durch den Spruch der competenten Behörde entschieden werden. Man kann daher, um diese zu finden, nicht davon ausgehen, ob wirklich ein Privatrecht vorliegt oder nicht, sondern man muß lediglich danach entscheiden, ob ein solches klagend verfolgt wird, oder nicht. Aus dem Gesagten wird sich aber auch der zweite Einwurf: daß nichts für die Staatsbehörde gewonnen sey, wenn die Competenz der Civilgerichte von dem Vorhandenseyn einer auf privatrechtlichen Grund gestützten Klage abhängig gemacht werde, von selbst widerlegen. Denn abgesehen davon, daß überhaupt die Rolle des Beklagten die günstigere ist, wird unter den angeführten Umständen die Staatsbehörde die sämmtlichen privatrechtlich wirklich nicht begründeten Ansprüche (und diese sind natürlich bei weitem die Mehrzahl) nicht zu fürchten haben, weil die-

selben im Wege der gerichtlichen Klage entweder gar nicht, oder doch auf so unhaltbare Weise sich werden vertheidigen lassen, daß die Gerichte sie ohne weitere Verhandlung abweisen würden; wogegen im anderen Falle, d. h. wenn es daran genügen würde, einen Privatrechtsanspruch vorzuschützen, und die gerichtliche Klage der Behörde zu überlassen, die letztere mit jedem streitlustigen Mühlinhaber eine Prozeß führen müßte, und der seiner Natur nach schleppendere Gang des gerichtlichen Verfahrens an die Stelle der rascheren Verhandlungsweise der Verwaltungsjustizbehörden überall treten würde.

§. 152. Wenn wir oben (§. 150.) eingeräumt haben, daß es Fälle geben könne, in welchen ein Conflict, der aus Veranlassung der Einführung der Schiff- oder Floßfahrt auf einem schiffbaren Flusse mit einem Werksinhaber entsteht, durch eine von dem letzteren eingereichte Klage vor das forum des Civilrichters gebracht werde; so muß hiebei wohl beachtet werden, unter welcher Modification wir diese Ausnahme von der allgemeinen, gegen die Competenz der Civilgerichte sprechenden Regel statuirt haben. Wir sind nämlich von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Werksinhaber seine Beschwerde bei dem Gericht auf einen wirklich privatrechtlichen speziellen Klagegrund stütze. Würde daher z. B. ein Werksinhaber, welchem aus Veranlassung der Einführung der Schiff- oder Floßfahrt das Ansinnen gemacht wird, Schleußen oder Floßgassen in seinen Mühlendamm einzurichten, hiegegen bei dem Civilrichter Klage führen, diese Klage jedoch nicht auf einen speziellen Rechtstitel (Besitzstand, Verjährung, Vertrag u. dergl.), mit welchem obiges Ansinnen im Widerspruch stehen solle, sondern einfach auf die Behauptung stützen, daß die Staatsbehörde im Allgemeinen nicht berechtigt sey, sein privatrechtlich begründetes Wasserrecht zu beschränken, so wäre der Civilrichter nicht befugt, diese Klage anzunehmen. Zwar könnte man meinen, hier wie dort liege ja eine auf einen privatrechtlichen Grund gebaute Klage vor, es sey daher kein

Unterschied, ob die Befugniß des Staats, das Wasserrecht des Klägers zu beschränken, im Allgemeinen bestritten, oder aus einem speziellen Grunde in Abrede gezogen werde. Betrachten wir aber beide Fälle genauer, so werden wir finden, daß im ersteren Falle nur scheinbar der Klagegrund auf dem speziell gegebenen Privatrechte (dessen privatrechtlich begründetem Umfange) beruht, daß es sich vielmehr hier um den allgemeinen Grundsatz handelt: ob und in wie weit überhaupt die Privatrechte der Wasserwerksinhaber an öffentlichen schiffbaren Flüssen durch die öffentlich rechtlichen Befugnisse der Regierung in Hinsicht auf Schiff- und Floßfahrt beschränkt und begränzt werden können. Die Beantwortung dieser Frage aber, welche mehr rechtlicher als thatsächlicher Natur ist, kann dem Civilrichter nicht überlassen werden, weil es sich hierbei nicht allein um den Umfang von Privatrechten, sondern auch, und zwar vorzüglich um die Gränzen einer rein öffentlich rechtlichen Befugniß der Staatsgewalt handelt. Ganz anders verhält es sich im anderen Falle, in welchem ein spezielles, faktisch begründetes Privatrecht behauptet wird, und der Richter nun entscheiden soll, ob dieses Recht wirklich in dem behaupteten Umfange, wonach die Beschränkung von Seiten der Staatsbehörde als eine Rechtsverletzung erscheinen würde, vermöge des geltend gemachten speziellen Titels (Besitzstandes, Vertrags ꝛc.) begründet sey? Hier braucht sich der Civilrichter auf obige theoretische staatsrechtliche Frage nach dem dem Umfange der Befugnisse der Regierung ꝛc. nicht einzulassen, sondern er hat nur darüber zu erkennen, ob das angesprochene Recht in dem vom Kläger angegebenen Umfange erworben, bisher ausgeübt worden sey, und ob hienach die angesonnene Beschränkung als ein Eingriff in das spezielle Privatrecht, wie solches erworben wurde, oder besessen wird, betrachtet werden müsse. Den Streit über das (gemischt öffentlich- und privatrechtliche) Verhältniß der Rechte des Privaten einer-, und des Staats andererseits hinsichtlich der Wasserbenutzung kann der Civilrichter hier, wie gesagt, füglich bei Seite lassen. Denn sein Erkenntniß hat ja nicht

den in das öffentliche Recht übergreifenden Grundsatz, nach welchem jener Streit geschlichtet werden soll, festzustellen, sondern nur auszusprechen, daß, abgesehen von diesem Grundsatz, in dem gegebenen Falle das Recht des Klägers, so wie es nach dem speziell vorliegenden Privatrechtstitel begründet ist, der vom Beklagten angesprochenen Wasserbenutzung, Beschränkung der Nutzung des Klägers, entgegen stehe, und kann sich daher ganz in der Sphäre des Privatrechts bewegen und jedes Uebergriffs in die des öffentlichen Rechts enthalten.

Drittes Kapitel.

Competenz bei Streitigkeiten aus Veranlassung des Schifffahrts- und Floßbetriebs.

§. 153. Nachdem wir die Grundsätze festgestellt haben, welche in Betreff der Competenz bei Streitigkeiten aus Veranlassung der Schiffbar- oder Floßbarmachung eines Flusses maßgebend sind, wird es keiner weiteren Schwierigkeit unterliegen,

III. zu zeigen, welche Behörden bei den verschiedenen Streitigkeiten, die aus Veranlassung der gemeinschaftlichen Benutzung der öffentlichen Flüsse zur Schiff- oder Floßfahrt einer- und zum Maschinenbetrieb andererseits entstehen können, die zuständigen sind.

Handelt es sich hier

1) von solchen Fällen, welche nach Maßgabe der bestehenden Gesetze über den Gebrauch der fließenden Gewässer, z. B. der Wasserordnungen, Mühlordnungen, Floß- und Schifffahrtsordnungen zu beurtheilen sind, und wo es bei Schlichtung des Streits lediglich auf die Anwendung oder Auslegung dieser gesetzlichen Bestimmungen ankommt, so kann es keinem

Zweifel unterliegen, daß die Administrativ-Justizbehörden allein zuständig sind. Denn nicht nur folgt die Befugniß der Administrativ-Justizbehörde, solche Streitigkeiten zu entscheiden, aus dem Aufsichtsrecht des Staats über den Gebrauch öffentlicher fließender Gewässer, welches wir oben (§. 41. 42.) als einen Ausfluß des Staatseigenthums kennen gelernt haben, sondern sie ergiebt sich auch aus der Lehre von den Regalien, nach welcher alle regale Berechtigungen zunächst und ursprünglich Rechte der Regierungen sind, und diesen Charakter auch da, wo sie an Einzelne verliehen wurden, insofern beibehalten, als das Staatsrecht die Normen über ihren Gebrauch und Umfang zu bestimmen hat (welche eben in den oben genannten „Ordnungen" in der Regel enthalten sind), und die Handhabung dieser Normen im einzelnen Falle ein Hoheitsrecht der Staatsgewalt ist (z. B. Wasserhoheit, Mühlenhoheit, Jagdhoheit), welches die Verwaltungsbehörden (Polizeibehörden, daher nach älterem Sprachgebrauch auch: Wasserpolizei, Mühlpolizei, Jagdpolizei) zu vertreten haben, und worüber daher natürlich dem Civilrichter keinerlei Cognition zukommt. (Vergl. oben §. 48. B. b. c. §. 53. II. 1. 2.) [399]).

§. 154. Behauptet dagegen

2) bei einem Conflict zwischen dem Schifffahrts- oder dem Floßberechtigten und dem Mühlenbesitzer der Eine oder der Andere eine spezielle auf einem privatrechtlichen Titel, z. B. einem Vertrag beruhende Befugniß, und klagt aus diesem privatrechtlichen Grunde bei dem Civilrichter, so muß dieser aus den ad II. (§. 150.) entwickelten Gründen die Klage annehmen; im Uebrigen gelten hier ganz die oben (§. 150—152.) entwickelten Grundsätze [400]).

§. 155. Ist endlich

---

399) Hofacker, das Floßregal. S. 107. Pfizer a. d. Not. 383. a. O. §. 58. S. 129. Mittermaier, Privatr. §. 203. Not. 34. — Derselbe, im Arch. f. civ. Prax. Bd. 23. S. 129. 130. 145.

400) Mittermaier a. a. O. S. 146 k. 153. bei Not. 59. Pfizer a. a. O. §. 62. S. 136.

3) blos der zu leistende Schadensersatz Gegenstand des Streits, d. h. ist blos die Frage bestritten: ob wirklich ein in Geld anzuschlagender Schaden vorhanden sey, und wie hoch sich derselbe belaufe (im Gegensatz zu der Frage: „ob eine Rechtsverletzung vorliegt oder nicht?"); so pflegt man nach Analogie des Verfahrens in Expropriationssachen die Gerichte für competent zu halten [401].

Viertes Kapitel.

Beantwortung der Competenzfrage mit Rücksicht auf die Stellung und den juristischen Charakter der Parteien.

§. 156. Wenn wir bisher bei Erörterung der Rechtsfragen in Betreff der Competenz der Gerichts- und der Verwaltungs-Justizbehörden die verschiedenen Veranlassungen der Conflicte, von welchen es sich hier handelt, ins Auge gefaßt und mit Rücksicht hierauf die entscheidenden Grundsätze festzustellen versucht haben; so wollen wir diese Rechtsfragen jetzt auch noch von einem anderen Standpunkt in Kürze beantworten, nämlich mit Rücksichtnahme auf die Stellung und den rechtlichen Charakter der streitenden Theile.

Entweder steht nämlich

a) die öffentliche Behörde, welche das Staatseigenthum des öffentlichen Flusses zu vertreten hat, also die Staatsbehörde als solche, einem Privatberechtigten gegenüber, oder der Streit entspinnt sich

b) zwischen der öffentlichen Behörde, die das nutzbare Regal zu vertreten hat (Finanzbehörde) und einem Privatberechtigten, oder

c) zwischen zwei Privaten, als Regalberechtigte über das regale Recht, oder endlich

---

401) Mittermaier a. a. O. S. 139. 152 b. Strube, rechtl. Bedenken. II. 88.

d) zwischen zwei Privaten, von welchen der eine seine regale Gerechtigkeit vertheidigt, der andere die freie öffentliche Benützung des fließenden Wassers in seiner Eigenschaft als Staatsangehöriger iu Anspruch nimmt.

§. 157. In dem ersten Falle (ad a.) werden in der Regel die Verwaltungsjustizbehörden allein competent seyn, (wenn es sich nicht von einer Expropriation handelt, wo die Competenz getheilt ist). Denn hier handelt die öffentliche Behörde nicht in der Eigenschaft eines Subjects von Privatrechten, sondern einzig und allein vermöge ihrer öffentlich rechtlichen Machtvollkommenheit, deren Handhabung der Cognition des Civilrichters nicht unterstellt werden kann [402].

Wenn dagegen (ad b.) die öffentliche Behörde den Staat nur in seiner Eigenschaft als Privatberechtigter vertritt, und dieß ist der Fall, wo die Finanzstelle das regale Recht als solches d. h. als nutzbares Recht (als welches es eine Finanzquelle ist) zu vertheidigen hat; so kann sie die Zuständigkeit des Civilrichters so wenig, als jeder Private in Widerspruch ziehen, welcher im Besitze eines solchen Rechts sich befindet [403].

Der gleiche Fall tritt (ad c.) ein, wenn derartige Rechte zwischen zwei Privaten im Streite sind und sich der eine wie der andere auf seine regale Gerechtigkeit beruft [404]. Gründet dagegen

(ad d.) der eine Theil seinen Anspruch nicht auf eine regale Berechtigung, sondern auf das ihm als Staatsangehörigen zustehende Gebrauchsrecht des öffentlichen Wassers als einer öffentlichen Sache und verlangt Schutz in der Ausübung dieses Rechts einem Regalberechtigten gegen-

---

402) Mittermaier, im Archiv f. civ. Praxis a. a. O. S. 142. J. 145. bei Not. 36.

403) Mittermaier, im Archiv ebend. 137. 138. 141. H. 146. K. M. 148. 3) 150. 1) 151. 3) 152 b. 153. 166. — 140. F. Derselbe, Privatrecht §. 203. Ziff. 1.

404) Derselbe, Archiv a. a. O. 163. D. 164. bei Not. 99.

über, welcher ihm solche verwehren will; so hat er sich an die Administrativjustizbehörde zu wenden, welche als Vertreterin des Staatseigenthums die Rechte der Unterthanen an dasselbe zu wahren hat, und diese ihre hoheitsrechtliche Befugniß frei und unabhängig von dem Civilrichter auszuüben berechtigt seyn muß. [405]).

§. 158. Die vorstehenden Bemerkungen werden genügende Anhaltspunkte geben, um in allen Fällen, in welchen aus Veranlassung der Conflicte zwischen der Schiff- und Floßfahrt und der Wasserbenutzung zum Maschinenbetrieb Zweifel über die Competenz entstehen, die richtige Entscheidung zu finden; — wie denn überhaupt der Verfasser bei der ganzen Aufgabe, welche er sich gesetzt hat, bemüht war, die Grundprincipien, von welchen aus die hieher gehörigen Streitfragen erörtert werden müssen, möglichst bestimmt festzustellen, und hiedurch, wenn ihm dieß einigermaßen gelungen seyn sollte, für die richtige Beantwortung derselben in jedem einzelnen Falle mehr gethan zu haben hofft, als wenn er sich auf eine doch immer unvollständig bleibende Casuistik eingelassen hätte.

---

405) Mittermaier, a. a. O. S. 162. III. B. 163. C. derselbe, Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 222 a. S. 618. Not. 26., bei Not. 32. 36.

Verzeichniß sinnstörender Druckfehler.

Seite 6 Zeile 16 v. o. für: verglichene lies: verliehene.
„ 12 — 7 v. u. „ perennirrendes — perennirendes.
„ 13 Note 4 Zeile 3 v. o. bei den Worten: quaedam sunt, perennia ist das Komma wegzulassen.
„ 13 Note 4 Zeile 5 v. o. für: quadam lies: quaedam.
„ 13 „ 4 „ 6 v. o. „ It de lies: Haec.
„ 14 Zeile 3 v. o. für hatte lies: hat.
„ 14 „ 5 v. o. „ ἑιμιαῤῥους lies: χείμαῤῥους.
„ 17 Not. 11 Zeile 2 v. o. für: einrst lies: einest.
„ 19 Zeile 10 v. o. für: beleuchtet lies: betrachtet.
„ 29 „ 1 v. u. ist nach den Worten: „res publicae" beizufügen: „und hiezu werden die öffentlichen Flüsse," u. s. w.
„ 33 Zeile 7 v. u. für: vor lies: von.
„ 37 „ 12 v. u. „ letztere lies: letzteren.
„ 41 „ 3 v. o. „ publicae „ publica.
„ 41 „ 11 v. u. „ verirren „ verwirren.
„ 61 „ 1 v. u. „ auf „ als.
„ 62 „ 7 v. o. „ wo „ wie.
„ 80 „ 12 v. u. „ hervorgebracht lies: hergebracht.
„ 81 „ 9 v. u. ist nach „Einrichtung" das Komma wegzulassen.
„ 83 Note 129 Zeile 2 v. u. für: neueren lies: Neueren.
„ 87 Zeile 2 v. u. für: Regales lies: Regale.
„ 88 Note 135 Zeile 6 v. o. für: laquas lies: aquas.
„ 91 Zeile 5 v. o. für: Eigenthümlich- lies: Eigenthümlichkeiten.
„ 91 Zeile 9 v. o. für: eine Ausflucht lies: ein Ausfluß.
„ 113 „ 4 v. o. „ der hat lies: hat der.
„ 116 „ 14 v. o. lies: „gleich dem Grund und Boden."
„ 120 „ 5 v. o. für: das Verbot lies: des Verbots.
„ 124 „ 3 v. o. „ Scheiterholz „ Scheiterfloß.
„ 124 „ 15 v. u. lies: „mit Flößerstiefeln."
„ 125 Note 187 Zeile 4 v. u. für: Schmidlein lies: Schmidlin.

Seite 139 Zeile 15 v. o. ist nach „Floßfahrt" beizufügen: mit der Schifffahrt.

„ 144 Zeile 2 v. u. für: unverbundenem lies: verbundenem.

„ 145 „ 8 v. u. „ Begriffsstimmung lies: Begriffsbestimmung.

„ 152 Note 240 Zeile 2 v. o. für: Aussicht lies: Ansicht.

„ 153 Zeile 6 v. u. ist zu lesen: „Schiffbar- und Floßbarmachung.

„ 155 „ 11—12 v. o. für: aufge-ben lies: aufge-hoben.

„ 160 „ 5 v. o. für: daß lies: das.

„ 166 „ 3 v. o. „ besondere lies: insbesondere.

„ 170 „ 6 (Ueberschrift) für: Schadensersatzfragen lies: Schadensersatzfrage.

„ 180 „ 13 v. o. für: oder, lies: als.

„ 180 Note 170 Zeile 2 v. u. für S. 81. lies: S. 80.

„ 190 Zeile 10 v. o. ist das Parenthesenzeichen nach „die" zu setzen.

„ 205 Note 301 Zeile 3 v. o. für: denselben lies: demselben.

„ 206 „ 305 „ 1 v. o. „ Note e. F. lies: Note e. f.

„ 207 „ 307 lies: Note f. g.

„ 208 „ 312 Zeile 2 v. o. lies: S. 62—65.

„ 209 „ 313 „ 2 v. o. für: Beschuldigeng lies: Beschuldigung.

„ 237 Zeile 3 v. u. für: Entwurf lies: Einwurf.

„ 246 Note 358 Zeile 18 v. o. für: liegen lies: liege.

„ 255 Zeile 1 v. o. für: statuirte lies: statuirt.

„ 263 „ 14 v. u. „ die staatsrechtlichen lies: der staatsrechtlichen.

